



Universidad
Carlos III de Madrid

Instituto de Estudios Internacionales y Europeos
Francisco de Vitoria

AUT DEDERE AUT JUDICARE, CRIMEN DE LESA HUMANIDAD Y CORTE PENAL INTERNACIONAL

MARTA SOSA NAVARRO



COLECCION ELECTRÓNICA

INSTITUTO
DE ESTUDIOS INTERNACIONALES Y EUROPEOS

FRANCISCO DE VITORIA

Nº 7

Año 2016

Dirección de la colección:
Carlos R. Fernández Liesa
Montserrat Huguet Santos

ISBN: 978-84-608-5824-9

Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos
“Francisco de Vitoria
c. Madrid, 126. Edificio Luis Vives
28903 Getafe. Madrid. España
Despachos 11.1.19/11.1.18/11.1.23
Tel.: +34 91 624 98 43
Fax: +34 91 624 97 99
fvitoria@der-pu.uc3m

**AUT DEDERE AUT JUDICARE, CRIMEN DE LESA HUMANIDAD Y
CORTE PENAL INTERNACIONAL**

Marta Sosa Navarro

ÍNDICE

PRÓLOGO	14
INTRODUCCIÓN.....	15
PRIMERA PARTE	27
FUNDAMENTO Y MARCO TEÓRICO DE LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR: GARANTÍAS PROCESALES, DERECHOS HUMANOS E IMPUNIDAD	27
I. LAS GARANTÍAS DERIVADAS DEL PROCESO JUDICIAL EN DERECHO INTERNACIONAL.....	28
1.1. Derechos de seguridad jurídica con interpretación y alcance común: el derecho a un juicio público y a la presunción de inocencia	30
1.2. Derechos de seguridad jurídica con variaciones en los niveles de protección.....	48
1.3. Derechos de seguridad jurídica no desarrollados o desarrollados parcialmente en la jurisprudencia internacional: el derecho al debido proceso y el derecho al juez natural.	57
1.4. Deficiencias en la protección de los derechos humanos derivadas de la regulación de los Tribunales Internacionales.....	66
1.4.1. Omisiones en los Estatutos de los tribunales internacionales.....	66
1.4.2. Inexistencia de remedios efectivos en caso de violación de derechos humanos	68
1.4.3. Obstáculos al rol pedagógico y de promoción de los derechos humanos en la regulación de los tribunales internacionales	69
II. LAS GARANTÍAS DERIVADAS DEL PROCESO DE EXTRADICIÓN: CONSIDERACIÓN DE LA OPCIÓN DE ENTREGA A TRIBUNAL INTERNACIONAL	71
2.1. La extradición oficial	71
2.1.1. Evolución de la figura y desafíos	71
2.1.2. Derechos y garantías inherentes a la extradición oficial.....	74
2.1.3. Evolución del rol de los derechos humanos y las garantías procesales en el proceso de extradición.....	77
2.2. La entrega a un Tribunal Internacional	79
2.3. La entrega a nivel regional: la Euro-orden	84
2.3.1. Génesis.....	84
2.3.2. Contenido	85
2.3.3. Evolución en la regulación de los derechos de seguridad jurídica	86
III - RIESGOS DERIVADOS DE LA EXPOSICIÓN A PROCEDIMIENTOS DE ENTREGA NO OFICIALES	92
3.1. Secuestros, detenciones, entregas extraordinarias y la extradición encubierta	92

3.1.1. Mala captus, bene detentus: cuando falla la extradición, ¿es el secuestro la solución?	93
3.1.2. Concepto y tipos de secuestro.....	96
3.1.3. Consecuencias y medios de defensa frente a los secuestros y las detenciones ilegales: soberanía nacional, derechos humanos y proceso legal internacional	100
3.1.4. Casos de referencia, jurisprudencia europea e internacional	107
3.2. Las extradiciones encubiertas y las entregas extraordinarias	113
3.2.1. Las extradiciones encubiertas	113
3.2.2. Las entregas extraordinarias de los Estados Unidos	115
3.2.3. Cooperación necesaria europea	124
3.2.4. La ejecución como alternativa a la extradición: targeted killings	127
IV. LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR COMO HERRAMIENTA DE LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD.....	133
4.1. La impunidad. Concepto y efectos.....	133
4.2. El marco jurídico internacional de la lucha contra la impunidad	138
4.3. Amnistías y asilos como desafíos a la efectividad de esta herramienta	142
4.3.1. Amnistías.....	142
4.3.2. La “Alternativa Napoleónica”	146
4.3.3. Otras amenazas: la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios del Estado. Evolución.....	147
4.4. La justicia transicional	151
Reflexiones comunes a la primera parte.....	156
SEGUNDA PARTE.....	160
NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR CON RESPECTO AL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD Y SU EFECTO SOBRE EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD	160
V. EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD Y LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR. EVOLUCIÓN Y CONTENIDO DE LA CLÁUSULA	161
5.1. El principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional y el papel de los tribunales nacionales en la investigación y enjuiciamiento del crimen de lesa humanidad.	161
5.1.1. Razones por las que la actuación de los tribunales nacionales es preferible a la de la Corte Penal Internacional	167
5.2. El significado de la obligación de extraditar o juzgar	178
5.2.1. Historia y evolución del concepto	179
5.2.2. Concepto. El carácter alternativo de la obligación de extraditar o juzgar.....	188

5.2.3. La triple alternativa o el clásico principio de complementariedad	207
5.3. Relación entre el <i>aut dedere aut judicare</i> y el principio de jurisdicción universal: el significado de la obligación de juzgar y la obligación como adaptación apolítica y práctica del principio de jurisdicción universal.....	208
5.3.1. Aclaraciones previas	208
5.3.2. Fundamentación filosófica de la jurisdicción extraterritorial: <i>¿Par in parem non habet imperium?</i>	212
5.3.3. El <i>aut dedere aut judicare</i> como expresión razonable del principio de jurisdicción universal	218
5.4. Análisis del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (2011). ...	220
VI. EL <i>AUT DEDERE AUT JUDICARE</i> COMO OBLIGACIÓN CONVENCIONAL.....	227
6.1. La inexistencia de un Convenio internacional de prohibición del crimen de lesa humanidad.....	227
6.2. Instrumentos convencionales que regulan los crímenes internacionales en sentido estricto que contengan la cláusula <i>aut dedere aut judicare</i>	231
6.2.1. Instrumentos internacionales que regulan los crímenes internacionales <i>sensu stricto</i> que incorporen la cláusula <i>aut dedere aut judicare</i>	232
6.2.2. Instrumentos regionales que regulan los crímenes internacionales <i>sensu stricto</i> que incorporen la cláusula <i>aut dedere aut judicare</i>	240
6.3. Instrumentos convencionales que regulan los crímenes internacionales en sentido estricto que no contengan la cláusula <i>aut dedere aut judicare</i>	248
6.3.1. Instrumentos internacionales que regulan los crímenes internacionales <i>sensu stricto</i> que no incorporen la cláusula <i>aut dedere aut judicare</i>	248
6.3.2. Instrumentos regionales que regulan los crímenes internacionales <i>sensu stricto</i> que no incorporen la cláusula <i>aut dedere aut judicare</i>	252
6.4. La propuesta de Convenio para la Prevención y Represión de los Crímenes contra la Humanidad: el <i>aut dedere aut judicare</i> flexible	253
VII. EL <i>AUT DEDERE AUT JUDICARE</i> COMO OBLIGACIÓN CONSUECUDINARIA	265
7.1. La costumbre internacional.....	265
7.2. Resoluciones organismos internacionales y tribunales internacionales.....	272
7.2.1. Asamblea General y Consejo de Seguridad de Naciones Unidas	273
7.2.2. Tribunales <i>ad hoc</i> , la estrategia de conclusión y la regla 11 <i>bis</i>	280
7.2.3. La evolución de la postura del Tribunal Internacional de Justicia	284
7.3. Manifestaciones de los Estados	305
7.3.1. En contextos internacionales: Asamblea General y Comisión de Derecho Internacional.....	307
7.3.2. Legislaciones domésticas	318

7.3.3. Jurisprudencia	325
CONCLUSIONES	342
ANEXO 1. LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR EN LA LEGISLACIÓN	
DOMÉSTICA	347

ABREVIATURAS

Abreviaturas de Instituciones u Organizaciones

AG	Asamblea General
AI	Amnistía Internacional
AIDP	Asociación Internacional de Derecho Penal
AN	Audiencia Nacional
CAT	Comité contra la Tortura
CCPR	Comité de Derechos Humanos
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CLH	Crimen de Lesa Humanidad
CP	Código Penal
CPI	Corte Penal Internacional
C°S	Consejo de Seguridad
DIH	Derecho Internacional Humanitario
ER	Estatuto de Roma
2GM	Segunda Guerra Mundial
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RPE	Reglas de Procedimiento y Prueba
SCSL	Corte Especial para Sierra Leona
STL	Tribunal Especial para el Líbano
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIJ	Tribunal Internacional de Justicia
TJE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPIJ	Tribunal Permanente de Justicia Internacional

TPIY	Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TS	Tribunal Supremo
HRW	Human Rights Watch

Abreviaturas de referencias bibliográficas

ADI	Anuario de Derecho Internacional
AJIL	American Journal of International Law
<i>Ariz.J.Int'l & Comp. L</i>	Arizona Journal of International and Comparative Law
Brit. Yb. Int'l L.	British Year Book of International Law (UK)
<i>Case W. Res. J. Int'l L.</i>	Case Western Reserve Journal of International Law
CHI. J. INT'L L	Chicago Journal of International Law
Chinese J. Int'L L	Chinese Journal of International Law
CORNELL INT'L L.J.	Cornell International Law Journal
EJIL	European Journal of International Law
Fordham Int'l L.J	Fordham International Law Journal
Goettingen J. Int'l L.	Goettingen Journal of International Law
HARV. HUM. RTS. J	Harvard Human Rights Journal
HARV. INT'L L.J,	Harvard International Law Journal
HUM. RTS. Q	Human Rights Quarterly
Hum.Rts.L. Rev	Human Rights Law Review
INT'L L. NEWS	Int'l Criminal and humanitaria
ItYBIL	Italian Yearbook of International Law
J.Int'l Crim. Just	Journal of International Criminal Justice
J. Marshall L. Rev	The John Marshall Law Review

Mich. J.Intl'L	Michigan Journal of International Law
Mich. YBI Legal Stud	Michigan Yearbook of International legal studies
MOD. L. Rev	Modern Law Review
J.Nat'l Security L. & Pol'y	Journal of National Security Law & Policy
Neth. Q., Hum Rts	Netherlands Quarterly of Human Rights
RECORDIP	Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
R. des C.	Recueil des cours
REEI	Revista Electrónica de Estudios Internacionales
RDIDC	Revue de Droit International et Droit Comparé
Temp. Int'l & Com. L.J,	Temple International and Comparative Law Journal
Temp. Int'l & Com. L.J,	Temple International and Comparative Law Journal
Va. J. Int'IL	Virginia Journal of International Law
Vand. L. Rev	Vanderbilt Law Review
Wash. & Lee L. Rev.	Washington and Lee Law Review
YIHL	List of Yearbook of International Humanitarian Law
Yale J. World Pub. Order	Yale Journal of World Public Order
YIHL	Yearbook of International Humanitarian Law

PRESENTACIÓN

It is a great pleasure for me to write a foreword for this book by Dr. Marta Sosa Navarro based on her Ph. D. thesis entitled "*Aut dedere aut iudicare*, crimen de lesa humanidad y Corte Penal Internacional", submitted to the Universidad Carlos III de Madrid in November 2013.

The International Law Commission of the United Nations took up the topic "The Obligation to Extradite or Prosecute (*aut dedere aut iudicare*)" in 2005 and finished its work on this topic in 2014. It was one of the topics to which the UN General Assembly repeatedly accorded a priority, in light of the importance of ending impunity of perpetrators of serious crimes of international concern, including genocide, war crimes, and crimes against humanity. The International Criminal Court and *ad hoc* international criminal tribunals can prosecute offenders only after the offenders are surrendered to the Court or tribunals. With respect to prosecution by States, an international legal obligation to extradite or prosecute binding on the States concerned will ensure that those who have committed grave crimes find no safe haven anywhere on earth. This kind of obligation as explained by the International Court of Justice in the *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* of July 2012 and elaborated further by the International Law Commission is a vital mechanism of international criminal justice.

Dr. Marta Sosa Navarro's work is not only timely, but is also a valuable contribution to the quest for a world where the rule of law is sacred, and where a human-being cannot escape punishment for an atrocity against another human-being.

Kriangsak Kittichaisaree

*Chairman of the International Law Commission's Working Group on the
Obligation to Extradite or Prosecute (aut dedere aut iudicare)*

PRÓLOGO

La lucha contra la impunidad es uno de los temas más candentes en el actual panorama iusinternacionalista, y una de las claves de la lucha contra la impunidad es el principio *aut dedere aut iudicare*, al que dedica Marta Sosa Navarro este libro.

Estamos, pues, ante una obra novedosa y ambiciosa que aborda un tema complejo con lucidez y buen hacer, y es que la autora es una investigadora seria y rigurosa que con esta monografía se consagra en el ámbito de la investigación en nuestro país.

Es éste un trabajo cartesiano, dividido en dos partes que abordan, respectivamente el fundamento y el marco teórico de la obligación de extraditar o juzgar, y su naturaleza jurídica como herramienta de lucha contra la impunidad. La primera de las partes aborda con minuciosidad los derechos de seguridad jurídica y las debilidades de los tribunales internacionales, el proceso de extradición, en especial a un tribunal internacional, y la obligación de extraditar o juzgar y su papel en la lucha contra la impunidad. La segunda, por su lado, aborda el principio de complementariedad y la obligación de extraditar o juzgar, tanto en relación a la Corte Penal Internacional como a la jurisdicción universal, y el papel de esta obligación en el marco convencional y consuetudinario.

En este sentido, la presente monografía que tenemos el honor de prologar, realiza un análisis exhaustivo de la obligación de extraditar o juzgar, sin dejar flecos sueltos y procediendo con gran solidez. En consecuencia, nos encontramos ante un trabajo brillante que supone la entrada de la Dra. Sosa Navarro en el mundo de la investigación en Derecho Internacional, donde tendrá mucho que ofrecer en su futuro académico.

Carlos R. Fernández Liesa

Ana Manero Salvador

Getafe, 24 de septiembre de 2015

INTRODUCCIÓN

Nos encontramos en un momento histórico de contrastes, el mejor de los tiempos y el peor de los tiempos, la edad de la sabiduría, y también de la locura, la época de las armas químicas y de las 122 ratificaciones del Estatuto de Roma¹.

En este contexto, el presente trabajo tiene como objetivo abordar el estudio de la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar con respecto al crimen de lesa humanidad.

La obligación de extraditar o juzgar es una cláusula procesal en virtud de la cual el Estado que encuentra en su territorio a un presunto autor de un delito tiene la obligación de optar por una de las siguientes alternativas: o bien lo extradita a otro Estado que, habiéndolo requerido, tenga competencia para enjuiciarlo, o bien abre un proceso para investigar y, si procede, enjuiciar el delito en cuestión. Fue formulada por primera vez en el siglo XVII por Hugo Grocio. A pesar de nacer como una herramienta puramente westfaliana dirigida a garantizar el castigo del delincuente por el daño causado al Estado en el que hubiera delinquido, se ha ido adaptando al paso del tiempo hasta transformarse en uno de los instrumentos más garantistas y eficaces para luchar contra la impunidad que podemos hallar en el panorama internacional. Sin embargo, su gran potencial ha sido ignorado durante años tanto por la doctrina como por los juristas, que han dedicado mucha más atención a principios (como la jurisdicción universal) y jurisdicciones (como la Corte Penal Internacional, CPI) que se han revelado incapaces de dar respuestas a las violaciones masivas de derechos humanos a las que han tenido que enfrentarse. Tras años de silencio, en el 2004, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) decide impulsar el estudio de esta figura mediante el nombramiento de un Relator Especial sobre el tema y la constitución de un Grupo de Trabajo. Así, el órgano codificador de las Naciones Unidas se plantea por primera vez una serie de cuestiones destinadas a averiguar la naturaleza jurídica de la citada obligación. Este impulso llega solo unos años después de la publicación del primer trabajo monográfico sobre este tema, firmado por dos referentes mundiales del derecho internacional, M. Cherif Bassiouni y Edward M. Wise².

La primera edición de esta obra, que fue publicada en 1995, coloca los cimientos para los posteriores estudios sobre la materia. En ella, se hace una primera aproximación a la cláusula y se analiza su relación con otros principios de derecho internacional como el *ius cogens* o la *civitas maxima*. También recoge este trabajo una relación de los convenios internacionales reguladores de crímenes internacionales que incorporan esta obligación alternativa. Es posible hallar aquí un primer acercamiento a la cláusula como derecho consuetudinario pero desde un enfoque predominantemente prescriptivo. Con la excepción de

¹ Citando el célebre comienzo de la clásica obra de Charles Dickens, *Historia de dos ciudades*.

² BASSIOUNI, M.C. y WISE, E.M., *Aut Dedere Aut Judicare, The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff publishers, 1995.

algunas contribuciones en revistas de derecho internacional, la obligación vuelve a adoptar un perfil bajo hasta que en 2009, Claire Mitchell, investigadora del Graduate Institute de Ginebra, la rescata. En este año publica una monografía que sigue siendo, a día de hoy, el trabajo más extenso sobre la materia³. En esta obra, la autora se centra en abordar las fuentes de la obligación de extraditar o juzgar en relación a los crímenes internacionales en sentido amplio. Así, analiza la presencia de la obligación en convenios internacionales, en las resoluciones del Consejo de Seguridad y en algunos pronunciamientos de tribunales internacionales. También se analiza la práctica de los Estados. Esta autora consigue examinar la legislación en materia de jurisdicción de 94 Estados. Sin embargo, lo hace de manera amplia y con respecto a los crímenes internacionales en general. A la hora de abordar la práctica estatal, se refiere, a modo de ejemplo, a unos cuantos casos que tienen por objeto delitos que van desde el fraude a los crímenes de guerra. A través de su investigación, Mitchell pone las bases sobre las que se apoyará este trabajo, que, bebiendo de las propuestas clasificadoras de esta autora, ha buscado completarlas y perfeccionarlas. En efecto, la propia autora reconoce que “el análisis de la práctica de los Estados y la *opinio iuris* con respecto a todos y cada uno de los crímenes internacionales para determinar si puede afirmarse la existencia de una costumbre internacional excede del ámbito de esta (su) investigación. Baste aquí con afirmar que las pruebas que sobre esta cuestión existan con respecto a crímenes particulares, pueden llegar a ser indicativas de la existencia o emergencia de obligaciones consuetudinarias con respecto a estos delitos⁴”. Así, la presente obra recoge el testigo de Claire Mitchell y se propone enfrentarse al desafío de averiguar la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar respecto a un crimen internacional concreto: el crimen de lesa humanidad. La decisión de abordar el estudio de la naturaleza jurídica de este principio respecto al crimen de lesa humanidad, responde fundamentalmente a la creencia de que la constatación de su naturaleza consuetudinaria y por ende, su carácter obligatorio para todos los Estados, supondría un importante paso hacia la eliminación de lagunas jurisdiccionales que evitaría que los responsables del que constituye el crimen internacional por excelencia, quedaran impunes⁵. En efecto, hay argumentos para considerar el análisis de la naturaleza de la referida obligación respecto de este crimen

³ MITCHELL, C., *Aut Dedere, Aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law*, eCahiers, núm. 2, 2009.

⁴ *Id.*, cap I: “Sources of the “*aut dedere aut judicare*” obligation, párr. 68. Traducción de la autora.

⁵ Esta autora suscribe la opinión sostenida por algunos internacionalistas que afirma que en el ámbito del derecho internacional, el crimen de lesa humanidad es “el crimen de los crímenes” y que además se trata de una noción que ofrece protección universal a las víctimas de las violaciones de derechos humanos: “Es posible concebir el crimen de lesa humanidad como una categoría paraguas que ofrece protección casi universal a las poblaciones civiles en tiempos de guerra y en tiempos de paz”. MURRAY, A.R.J., “Does International Criminal Law Still Require a “Crime of Crimes”? A Comparative Review of Genocide and Crimes Against Humanity”, *Goettingen J. Int’l L.*, vol. 3, 2011, p. 589, p. 607; y SCHABAS, W., *The UN International Tribunals, The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, 2006, p. 185: “la verdadera norma paraguas de los tribunales es la prohibición de crímenes de lesa humanidad”. Traducción de la autora.

particularmente interesante⁶, sin perjuicio de que, idealmente, esta cuestión deba ser abordada, por separado, en relación a todos y cada uno de los crímenes internacionales⁷.

Ante el vacío jurídico existente en este ámbito, que impide conocer la potencialidad de esta herramienta para posibilitar el enjuiciamiento de estos ilícitos a través de las jurisdicciones nacionales, la elección de abordar el crimen de lesa humanidad frente a los otros tres crímenes internacionales sobre los cuales ejerce su jurisdicción la CPI, no es aleatoria. Las razones que motivan esta elección pueden ser diseccionadas a través de un breve análisis comparativo con cada uno de los crímenes internacionales referidos. En relación con el crimen de agresión, a pesar de la existencia de un importante precedente en los Juicios de Núremberg, las dificultades para llevar cabo su investigación y enjuiciamiento son evidentes en tanto que la comunidad

⁶ MITCHELL, C., cap I: "Sources of the "aut dedere aut judicare" obligation" en *Aut Dedere Aut Judicare...op cit.*, párr. 38: "El análisis en relación a los crímenes de lesa humanidad y el genocidio habría sido más interesante. Los Estados no están obligados mediante tratados a establecer expresa o implícitamente su jurisdicción. La legislación doméstica que permite el enjuiciamiento extraterritorial de crímenes contra la humanidad y genocidios podría ser prueba de la existencia de una costumbre internacional de extraditar o juzgar. Desafortunadamente, las investigaciones sobre estos crímenes son menos completas, en parte porque no existe, respecto de los mismos obligación de informar (sobre la concurrencia de la misma), a diferencia de lo que ocurre con los crímenes de terrorismo o de torturas. Por consiguiente, todo esfuerzo investigador en este sentido está obstaculizado por el acceso a la legislación doméstica y las dificultades lingüísticas". Traducción de la autora. También en este sentido, véase Comisión de Derecho Internacional, 59º período de sesiones, Segundo informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 11 de junio de 2007, Doc. A/CN. 4/585, párr. 56.

⁷ Así se reconoce en el Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: "Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales", Asamblea General de Naciones Unidas, *Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional* de 17 de julio de 1998, Preámbulo. De esta opinión son también dos de los académicos de referencia en esta cuestión, C. Bassiouni y E. Wise. Estos autores, en la obra referida, tras exponer los dos caminos que existen para abordar el estudio de la naturaleza jurídica de la obligación (1. En relación a un solo delito recogido en un tratado 2. En relación a una clase de delitos internacionales o a delitos internacionales en general), eligen tomar el segundo por el mayor efecto que la cristalización de la obligación como costumbre puede tener es este caso. Dentro del mismo, distinguen 3 subcategorías: a. La obligación de extraditar o juzgar bajo el derecho consuetudinario en relación a los autores de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad; b. Lo mismo pero incluyendo los actos terroristas, y c. La obligación de extraditar o juzgar en relación a todos los delitos internacionales. Estos autores defienden abordar el estudio de la naturaleza jurídica de esta obligación desde la tercera subcategoría, opinión que también ha sido suscrita por el juez Weeramantry en su opinión separada, en la que disienta de la decisión de denegar las medidas provisionales en el caso Lockerbie. BASSIOUNI, M.C.; WISE, E.M., *Aut Dedere Aut Judicare...op cit.*, pp. 20-22. Conviene aclarar aquí que la decisión de abordar la naturaleza jurídica de la referida obligación alternativa solo en relación al crimen de lesa humanidad no está, aunque aparentemente así pueda resultar, en conflicto con la propuesta realizada por estos expertos. Es más, reconociendo la mayor idoneidad de realizar la investigación en relación a todos los crímenes internacionales, de cara al mayor impacto que los resultados de la misma pueden tener en la erradicación de la impunidad, la magnitud de la tarea excede con creces lo abordable en una sola monografía. Así lo confirman los tímidos avances que han tenido lugar en el seno de la Comisión de Derecho Internacional que lleva trabajando más de 7 años sobre esta cuestión, aumentando progresivamente los recursos humanos dedicados a la misma. Esta obra pretende ofrecer una modesta contribución a este gran proyecto.

internacional no ha logrado llegar a un acuerdo acerca de su definición hasta el año 2010, en la célebre Conferencia de Kampala⁸. Resulta evidente que, en estas circunstancias, optar por la investigación de la naturaleza jurídica del *aut dedere aut judicare* en relación a un crimen internacional sobre cuya definición no ha existido un consenso hasta el año 2010 como primer intento de esclarecer la naturaleza jurídica de este principio encontraría obvias dificultades. Por otro lado, en comparación con el crimen de guerra, en tanto que éste tiene un ámbito de aplicación limitado a los actos cometidos en el concreto contexto de un conflicto armado, el crimen de lesa humanidad se presenta como un tipo más incluyente.

Por último, la elección del estudio del referido crimen frente al crimen de genocidio responde al intento de abordar la investigación desde un punto de vista realista, práctico y coherente con las tendencias modernas que empiezan a perfilarse en el ámbito del derecho internacional. A través de un análisis histórico del crimen de lesa humanidad y del crimen de genocidio publicado recientemente, Alexander R.J. Murray, pone de manifiesto el carácter redundante que este último crimen ha adquirido a la luz de los avances en la aplicación y la jurisprudencia del crimen de lesa humanidad⁹. La concurrencia del crimen de genocidio depende de la existencia de la intención específica de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso por parte del autor¹⁰. Sin embargo, en el caso del crimen de lesa humanidad basta con que haya tenido lugar un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Este autor argumenta, apoyado en la jurisprudencia internacional y en la doctrina más cualificada¹¹, la conveniencia de subsumir el genocidio dentro del tipo crimen de lesa humanidad. Por un lado, una vez desaparecido el requisito de la vinculación a un conflicto armado en el tipo de crimen de lesa humanidad, la protección otorgada a los individuos por parte de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio deja de ser exclusiva al crimen de genocidio. Por otro lado, al eliminar el requisito del elemento subjetivo de la intención de destruir un grupo concreto, la persecución

⁸ Resolución RC/Res.6, adoptada en la Sesión Plenaria 13, el 11 de junio de 2010, RC/11. Disponible en http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf. Consultado el 1/11/2013; Véanse los artículos 8bis, 15 bis y 25.3bis del Estatuto de Roma. A pesar del éxito tardío de esta conferencia a la hora de lograr finalmente una tipificación consensuada del crimen de agresión, el logro, destacan algunos referentes internacionales como el Fiscal en los Juicios de Núremberg, Benjamin B. Ferencz, es relativo en tanto que no se ha conseguido otorgar jurisdicción efectiva sobre el mismo al Tribunal Penal Internacional. FERENCZ, B., "A New Approach to deterring illegal wars", en Benjamin Ferencz, Law. Not War, agosto de 2011. Disponible en <http://www.benferencz.org/index.php?id=4&article=106>. Consultado el 1/11/2013.

⁹ MURRAY, A.R.J., "Does International Criminal Law Still...*op cit.*", p. 590. Desde este trabajo de investigación, se apoya, a todos los efectos, el motivo que subyace a la defensa de la tesis del autor en tanto que coincide con la razón de ser esta investigación: "Se aboga por una aproximación pragmática en lugar de filosófica a la justicia internacional orientada hacia el beneficio de las víctimas y la prevención de futuros crímenes". Traducción de la autora.

¹⁰ Artículo 2 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 9 de Diciembre de 1948.

¹¹ SCHABAS, W., *The UN International Tribunals...op cit.*, p. 185.

y enjuiciamiento de los actos enumerados en ambos tipos resulta más fácilmente perseguible y enjuiciable, fin último de la justicia internacional:

“Además, los crímenes de lesa humanidad pueden ser probados más fácilmente porque el umbral del *mens rea* está más bajo. Aunque en un principio pueda parecer que esta posición justifica un proceso judicial más exhaustivo, en realidad, hace lo contrario. Probar el *dolus specialis* del genocidio es difícil, lo cual puede llevar a aquellos que se embarquen en planes genocidas a creer que pueden actuar con impunidad. Al hacer uso del umbral más bajo ofrecido por el crimen de lesa humanidad, es posible desafiar la impunidad¹²”.

En conclusión, se puede inferir de todo lo anterior que las razones que motivan la elección de abordar el estudio de la naturaleza jurídica del principio en relación a este crimen sobre todos los demás incluyen practicidad, eficacia, existencia de fuentes para el estudio y voluntad de contribuir a responder la pregunta en términos más amplios, mediante una aportación basada en la construcción de un modelo de análisis, trasladable eventualmente, al resto de crímenes internacionales¹³. Además de todo lo expuesto, el hecho de que el crimen de lesa humanidad sea, con la excepción del conflictivo crimen de agresión, el único crimen internacional de competencia de la CPI que no cuenta con un convenio internacional para su prevención y sanción, se suma a las razones expuestas para justificar la importancia del desarrollo de la investigación en este campo y dar cuenta del carácter novedoso del trabajo planteado.

El presente trabajo de investigación está dividido en dos grandes partes. La primera parte, “Fundamento y marco teórico de la obligación de extraditar o juzgar: garantías procesales, derechos humanos e impunidad”, está formada por los capítulos I a IV. En ella, se aborda el fundamento teórico de la cláusula estudiada y se evidencian los vacíos jurídicos que se pretende contribuir a colmar mediante la determinación de su naturaleza jurídica. La segunda parte,

¹² MURRAY, A.R.J., “Does International Criminal Law Still...*op cit.*”, p. 600. Traducción de la autora.

¹³ Para justificar este eventual traslado a otros crímenes internacionales, se toma aquí prestada la claridad expositiva con la que la profesora Abad Castelos fundamenta el principio de jurisdicción universal, construcción que, sin perjuicio de las diferencias entre ambos principios que será abordada en profundidad más adelante, es perfectamente aplicable a la obligación de extraditar o juzgar. ABAD CASTELOS, M., “La persecución restringida de los delitos que lesionan valores esenciales de la comunidad internacional: ¿sigue existiendo la jurisdicción universal en España?”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 15, enero 2012, pp. 65-90, p. 71: “El principal fundamento de este principio ha de extraerse, pues, del carácter de los delitos a los cuales puede aplicarse. Delitos cuya característica principal es que afectan gravemente a los valores esenciales de la Comunidad Internacional, de modo que pueden entenderse dirigidos contra la sociedad internacional en su conjunto, y a la vez contra cada uno de los Estados que la conforman. Esto es lo que justifica que los autores de este tipo de crímenes, condenados de modo tan universal, sean considerados enemigos de toda la humanidad, y, por tanto, cualquier Estado que detenga a los presuntos autores pueda ejercer su jurisdicción al respecto y, eventualmente, sancionarlos, en el entendimiento de que el delito en cuestión, al suponer un atentado contra los intereses generales universalmente compartidos, supone a la vez un ataque desde la perspectiva estatal individualmente considerada”.

titulada “Naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar respecto al crimen de lesa humanidad y su efecto sobre el principio de complementariedad”, está compuesta por los capítulos V a VII. En esta parte se aborda la relación de la cláusula alternativa con la jurisdicción de la CPI, para después explorar el marco sustantivo de análisis (el crimen de lesa humanidad), finalizando con un examen exhaustivo del alcance, contenido y naturaleza jurídica del *aut dedere aut judicare* respecto al crimen de lesa humanidad.

Atendiendo al planteamiento del marco teórico de esta investigación, que busca analizar principio *aut dedere aut judicare* en tanto que herramienta de apoyo a la aplicación efectiva del principio de complementariedad de la CPI, en el primer capítulo, se presenta el marco jurídico de protección de los derechos de seguridad jurídica desde una clasificación inferida de la jurisprudencia internacional. El sentido del mismo es identificar el núcleo común de los derechos de seguridad jurídica sobre el que se ha de construir después la obligación de extraditar o juzgar.

Así, la división propuesta en este **primer capítulo**, parte del estudio del reconocimiento, alcance y contenido de los derechos de seguridad jurídica en el ámbito de los tribunales internacionales y de los tribunales internacionalizados, mixtos o híbridos¹⁴.

Los tribunales internacionales, debido a su posición como órganos creados en el seno de las Naciones Unidas, tienen atribuida una especial responsabilidad por violación de derechos humanos y depuración de la responsabilidad individual¹⁵. En consecuencia, la protección de los derechos de los acusados es esencial. La ONU ha reiterado la importancia de garantizar los derechos de seguridad jurídica, calificando de “axiomática” la garantía del respeto de los derechos humanos por parte del tribunal internacional. Así, en palabras del

¹⁴ Para la elaboración de este apartado se han estudiado los siguientes tribunales internacionales: Tribunales Internacionales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, la Corte Penal Internacional, el Tribunal Especial para Sierra Leona y el Tribunal Especial para el Líbano en tanto que tribunales regulados sustantiva o/y procesalmente por el derecho internacional. Para un análisis de la importación de los principios del debido proceso o los derechos del acusado a los tribunales de composición mixta, regidos exclusivamente por el derecho interno véase MARTINEAU, A., *Timor oriental, Kosovo, Bosnie-Herzégovine et Cambodge: l'injection de garanties procédurales dans les système interne en Les juridictions pénales internationalisées, un nouveau modèle de justice hybride?*, CERDIN Paris I, Perspectives Internationales, Paris 2007.

¹⁵ ZAHAR A., SLUITER G., *International Criminal Law, a Critical Introduction*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 276; SCHOMBURG, W., “The role of international criminal tribunals in promoting respect for fair trial rights”, *Northwestern University Journal of International Human Rights*, Otoño de 2009, p.15, refiriéndose al rol de los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda en esta cuestión: “(Los tribunales) no solo aseguran el respeto a los estándares internacionales de derechos humanos sino que también ayudan a desarrollar los estándares internacionales del debido proceso mediante la aplicación de su propia interpretación del PIDCP”. Traducción de la autora. Opinión particular del Juez Pocar en el caso TPIY, Fiscal c. Mile Mrksic, Veselin Sljivancanin, Sala de Apelación, caso núm. IT-95-13/1-A, sentencia de 5 de mayo de 2009, párr. 11: “Considero que el TPIY y el TPIR, establecidos por el Consejo de Seguridad en nombre de la comunidad internacional para enfrentarse a los más graves crímenes, se erigen como un modelo de las mejores prácticas a seguir para el enjuiciamiento de crímenes internacionales. (...) Por consiguiente, tanto el TPIY como el TPIR tienen el deber de aplicar la concepción más garantista de los derechos humanos”. Traducción de la autora.

Secretario General, Boutros Boutros Ghali, “el tribunal internacional, en todas las etapas de sus actuaciones, debe respetar plenamente las normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos del acusado”. Afirma que “esas normas (...) son las que figuran en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶”.

Una parte de la doctrina, en gran medida por tratarse de órganos auspiciados por la ONU, tiende a vincular el reconocimiento del derecho al debido proceso en el derecho internacional a la propia creación de los tribunales internacionales¹⁷. No obstante, fuera del ámbito prescriptivo, algunos autores son muy críticos con el nivel de respeto efectivo de estos derechos por parte de los órganos judiciales internacionales¹⁸. Algunos sectores subrayan que el mayor desafío radica en encontrar un equilibrio entre los derechos y garantías de los acusados por un lado, y los derechos de las víctimas por otro, refiriéndose a este dilema gráficamente como “el balancín infinito¹⁹”.

Sin dejar de reconocer los pasos de gigante que se han dado en este campo en el último siglo, el contenido de esa protección está aún lejos de ser universalmente definida.

En la actualidad, la regulación de los derechos del acusado en los Estatutos de los distintos tribunales reproduce esencialmente el contenido del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²⁰, reconocido y aplicado como derecho internacional general, que viene a desarrollar los estándares establecidos en instrumentos aprobados con anterioridad como las Convenciones de Ginebra (artículo 3.2.d) o la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) en el artículo 11.

Sin embargo, la formulación de estos derechos requiere de unos criterios interpretativos que permitan dotarlos de un contenido inequívoco.

Con todo, a la luz de la evolución de la jurisprudencia internacional y sin perjuicio de algunas tendencias marginales que niegan la penetración de la

¹⁶ Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, Doc. NU: S/25704, párr. 106.

¹⁷ QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.106.

¹⁸ SCHABAS, W., *The UN International Tribunals...op cit.*, p. 503: “Yet in many respects the tribunals have been far from exemplary with regard to the rights of the accused”, en referencia a la autorización del testimonio anónimo en este ámbito.

¹⁹ CHENIVESSE, P., PIRANIO, C.J., “What price justice? On the evolving notion of ‘Right to a fair trial’ from Nuremberg to the Hague”, *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 24, núm. 3, 2011, pp. 403-423.

²⁰ En el caso de los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda, los derechos del acusado se encuentran regulados en un solo artículo (21 y 20 respectivamente), aunque se completan con otros como el 10 y 9 respectivamente que regulan el non bis in idem o los artículo 24 y 25 respectivamente sobre el derecho de apelación, sin perjuicio del desarrollo que de los mismos se lleva a cabo en las Reglas de Procedimiento y Prueba; en el caso del Estatuto de Roma estos derechos están diseminados en varios artículos (63, 66 y 67); Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (art. 17); Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano (art. 16); Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya (art. 21, 81 y 84).

jurisprudencia de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos en estos tribunales²¹, es necesario destacar aquí la importancia de este reconocimiento mutuo en la construcción de un derecho internacional de los derechos humanos. En el ámbito que nos concierne, los derechos de seguridad jurídica, esta tendencia puede tener importantes efectos en la definición del alcance de los mismos y en la consolidación de su naturaleza jurídica²². Precisamente en consonancia con esta idea, se ha optado, para la exposición del marco jurídico recogido en los instrumentos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos, por una clasificación basada en los criterios de interpretación de los derechos de seguridad jurídica en la jurisprudencia internacional, que divide a los mismos en dos grupos: a. Derechos de seguridad jurídica con interpretación y alcance común y b. Derechos de seguridad jurídica con variaciones en los niveles de protección. Ello sin perjuicio de que se añada al final el análisis de algunos derechos cuyo

²¹ DELMAS MARTY, M., *Comparative Criminal Law as a Necessary Tool in The Oxford Companion to International Criminal Justice*, CASSESE, A., Ed., Oxford University Press, New York, 2009, p.102: “Sin embargo, hasta el momento, los jueces penales internacionales no se han sentido vinculados por estos instrumentos, precisamente por la especificidad de la justicia penal internacional que afecta, o se supone que ha de afectar, a los Estados a través de sus representantes”. Traducción de la autora. En la jurisprudencia internacional, el carácter meramente asistencial que se le reconoce a los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos ha sido puesto de manifiesto en repetidas ocasiones: TPIR, Fiscal c. Jean-Bosco Barayagwiza, Sala de Apelación, caso núm. ICTR 97-19-AR72, Sentencia de 3 de noviembre de 1999, párr. 40: “El PIDCP es parte del derecho internacional general y se aplica sobre esa base. Los instrumentos regionales de derechos humanos, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia desarrollada en este marco constituyen una fuente de autoridad persuasiva que puede ser de utilidad en la aplicación e interpretación del derecho aplicable. Por ende, no son vinculantes para el tribunal propio motu”. Traducción de la autora. TPIY, Fiscal c. Dusko Tadic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT 94-I-T, Auto que resuelve la solicitud de la Fiscalía solicitando medidas de protección para los testigos y las víctimas de 10 de agosto de 1995, párr. 27: “Como tal, la interpretación del artículo 14 del PIDCP y del artículo 6 del CEDH realizada por otros órganos judiciales tienen una relevancia limitada en la aplicación de las disposiciones del Estatuto y de las Reglas del tribunal internacional, en tanto que estos órganos interpretan sus disposiciones en el contexto de su propio marco legal, que no contempla las mismas consideraciones. Al interpretar las disposiciones aplicables al tribunal internacional y determinar dónde se encuentra el equilibrio entre los derechos del acusado a un juicio justo y público y la protección de las víctimas y testigos, los jueces del tribunal internacional deben hacerlo en el marco de su propio y único marco legal”. Traducción de la autora. TPIY, Fiscal c. Vujadin Popovic, Ljubisa Beara, Drago Nikolic, Ljubomir Borovcanin, Radivoje Miletic, Milan Gvero y Vinko Pandurevic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-05-88-T, Sentencia de 10 de junio de 2010. En el párrafo 62, el tribunal se refiere a lo sostenido por la Sala de Apelación en el caso Galic, que se remite a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para apoyar su afirmación de que la admisión de declaraciones testimoniales por escrito que no hayan podido ser examinadas no es incompatible el artículo 21(4) e del Estatuto, que entre los derechos del acusado recoge el derecho a examinar a todos los testigos. No obstante, se resalta en esta sentencia que el Tribunal de Apelación coincide con la jurisprudencia del TEDH en la inamovilidad de una sentencia condenatoria basada en pruebas que no hayan podido ser examinadas por el acusado.

²² Zappala defiende, en el contexto de la construcción del proceso en los tribunales internacionales, un enfoque del proceso basado en principios garantes de los derechos humanos frente a una elección entre el modelo adversario o inquisitorial. ZAPPALA, S., “The problem of procedural models: the need for a principles approach to procedure, designed to enhance respect for Human Rights” en *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford University Press, New York, 2003, p.247.

contenido no ha desarrollado la jurisprudencia internacional, lo cual servirá de introducción para el último apartado, encargado de abordar las deficiencias en la protección de los derechos humanos derivadas de la regulación de los Tribunales Internacionales.

Una vez definido el marco jurídico internacional de protección de las garantías procesales o derechos de seguridad jurídica, el **segundo capítulo** se concentra en la figura de la extradición como alternativa al enjuiciamiento en la cláusula objeto de estudio. Se aborda aquí el concepto y evolución de esta figura, así como los derechos que, como consecuencia de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos, se han convertido en características definitorias de esta institución. Por último, se estudian en este capítulo otras formas especiales de extradición como la entrega a un tribunal internacional o la Euro-orden, cuya solidez, eficacia y naturaleza garante de los derechos humanos, la convierte en un modelo a tener en cuenta a la hora de configurar la referida obligación. En el **tercer capítulo** se analizan los riesgos derivados de exposición a procesos de entrega no oficiales. Se recorren aquí las distintas modalidades que adoptan las violaciones de derechos humanos en el marco de las pseudo-extradiciones como los secuestros, las extradiciones encubiertas e incluso los asesinatos selectivos. El ejercicio descriptivo se ve completado con un estudio jurisprudencial que refleja la evolución del principio “*mala captus, bene detentus*” tanto en los tribunales domésticos como en los internacionales y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). El último capítulo de esta primera parte aborda la justificación del estudio de la cláusula procesal desde un punto de vista completamente distinto. En efecto, el **capítulo cuarto**, se enfrenta a la segunda gran laguna que se pretende colmar a través de la definición de la naturaleza jurídica de esta cláusula: la impunidad en el ámbito de las más graves violaciones de derechos humanos. Así, este capítulo se dedica a estudiar algunas de las amenazas al efectivo ejercicio de la jurisdicción penal por parte de los tribunales competentes para ello. Se aborda aquí también la compleja cuestión de la justicia transicional y la capacidad de los mecanismos extrajudiciales para cumplir con la obligación de extraditar o juzgar.

La segunda parte de esta monografía comienza con el **capítulo quinto**, que aborda las relaciones entre la cláusula alternativa y la jurisdicción complementaria de la CPI.

La creación de la CPI en 1998 supuso la materialización de una idea en la que la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas venía trabajando desde el final de la Segunda Guerra Mundial²³. Este Tribunal, cuya naturaleza permanente lo distingue de los tribunales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, surgidos para dar respuesta a las atrocidades cometidas en dos contextos temporales y espaciales concretos, nació como un órgano judicial potencialmente capaz de responder a las violaciones perpetradas en cualquier lugar del mundo. Según el artículo 5 del Estatuto de Roma, que regula

²³ La Comisión abordó el estudio de esta cuestión por primera vez en 1949, a petición de la Asamblea General de Naciones Unidas. Véase Resolución de la Asamblea General 260 B (III), 78 UNTS de 9 de diciembre de 1948: “(...) Invita a la Comisión de Derecho Internacional a examinar si es conveniente y posible crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos que fueren de la competencia de ese órgano en virtud de convenciones internacionales”. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/047/25/IMG/NR004725.pdf?OpenElement>, consultado el 1/11/2013.

su organización y funcionamiento, la CPI goza de competencia para conocer de las más graves violaciones de derechos humanos: el genocidio, el crimen de lesa humanidad, el crimen de guerra y el crimen de agresión²⁴.

Sin embargo, esta competencia está regida por el principio de complementariedad, lo cual significa que el Estatuto ni “confiere competencia exclusiva a la Corte sobre los crímenes antes mencionados, ni sustituye a las jurisdicciones penales nacionales en sus ámbitos respectivos de competencia²⁵”. El carácter subsidiario o residual de la competencia de este órgano jurisdiccional sumado a la gravedad de las violaciones de derechos humanos en cuestión constituyen argumentos de peso que justifican la urgencia de encontrar herramientas jurídicas que complementen eficazmente la jurisdicción de este Tribunal, garantizando, en última instancia, la investigación y el enjuiciamiento de los presuntos responsables de estos crímenes²⁶.

Quince años después de la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional y casi setenta años después de la creación del Tribunal Internacional de Justicia, el análisis del rol que siguen teniendo los tribunales nacionales en la aplicación del derecho internacional nos lleva a coincidir con autores que, como Nollkaemper, defienden que el papel dominante de los tribunales domésticos en la protección del derecho internacional no es una solución a las deficiencias transitorias del orden legal internacional²⁷. El enfoque de la presente obra se apoya, por consiguiente, no solo en la teoría del *dédoublement fonctionnelle* de Scelle, que sostiene que en el ámbito del ordenamiento jurídico nacional, los tribunales actúan como agentes del orden legal internacional, al servicio del derecho internacional²⁸, sino en las conclusiones presentadas por aquellos estudios que, tras analizar el volumen y alcance de la jurisprudencia nacional sobre cuestiones de derecho internacional, concluyen que la influencia de los tribunales nacionales sobre la configuración y

²⁴ Para un exhaustivo análisis de las negociaciones sobre el alcance de la jurisdicción de la CPI que tuvieron lugar en la Conferencia de Roma, véase KAUL, P., y KRESS, K., “Jurisdiction and Co-operation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises,” en *YIHL*, vol. 2, 1999, pp. 143-175.

²⁵ GONZÁLEZ CAMPOS, J., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ L.I. y SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Cuarta Edición Revisada, Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2008, p. 869.

²⁶ GÓMEZ-BENÍTEZ, J.M., “Complementariedad de la Corte Penal Internacional y Jurisdicción Universal de los Tribunales Nacionales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 27, núm. 82 (2006), p. 38: “Para evitar que dicho principio de complementariedad, que atribuye prioridad a las jurisdicciones nacionales sobre la Corte Penal Internacional, sea utilizado en fraude de la ley para conseguir la impunidad, el propio Estatuto lo exceptúa cuando el Estado que tiene jurisdicción no está dispuesto a ejercerla o no puede hacerlo”.

²⁷ NOLLKAEMPER, A., *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 8-9: “Los poderes judiciales domésticos son una forma relativamente aceptable de crear un “mundo bajo el imperio del derecho”, sin crear instituciones internacionales o supranacionales que los Estados puedan considerar que restringen su soberanía excesivamente”. Traducción de la autora.

²⁸ SCELLE, G., “Règles générales du droit de la paix”, *RdC*, núm 46, 1993, p. 331, p. 356, citado en NOLLKAEMPER, A., *National Courts and the International Rule...op cit*.

protección del derecho internacional supera con creces al de los órganos internacionales²⁹.

Esta constatación representa el punto de partida de la segunda parte de la presente obra, que en última instancia persigue arrojar luz sobre los criterios de atribución de la jurisdicción en relación a las más graves violaciones de derecho internacional. Reconociendo el papel preponderante que ostentan los tribunales nacionales en la aplicación y consolidación del derecho internacional, y entendiendo que este esquema es trasladable al ámbito del derecho penal internacional, esta investigación busca allanar el terreno a las sentencias de los tribunales nacionales, contribuyendo a superar el que sigue siendo su obstáculo principal: la indefinición o falta de consenso en torno a la configuración y naturaleza de los criterios jurisdiccionales aplicables en los casos de los más graves crímenes internacionales³⁰.

Bajo el título, “El principio como obligación convencional”, el **capítulo sexto** tiene como objetivo averiguar si es posible afirmar la naturaleza convencional de la obligación de extraditar o juzgar respecto al crimen de lesa humanidad. Partiendo de la constatación de la inexistencia de un Convenio internacional de prevención y sanción de este delito, se lleva a cabo aquí un examen de los distintos instrumentos internacionales y regionales que, habiendo incorporado al contenido material la totalidad o una parte del crimen de lesa humanidad, incluyen la obligación de extraditar o juzgar. Por último, se estudiará aquí la innovadora y necesaria propuesta de Convenio para la prevención de los crímenes de lesa humanidad, realizada por el Whitney R. Harris World Law Institute de la Universidad de Washington y el efecto que su adopción, en tanto que incorpora el *aut dedere aut judicare*, puede tener sobre la referida obligación alternativa.

Por último, el **capítulo séptimo** tiene como finalidad determinar, a partir del análisis de las fuentes de la costumbre internacional, si es posible otorgar una naturaleza consuetudinaria a esta cláusula procesal con respecto al crimen de los crímenes. En efecto, este capítulo representa la culminación del proyecto investigador de este trabajo y viene a responder a la pregunta hacia la que se han dirigido todos los esfuerzos contenidos en los capítulos anteriores: ¿estamos ante una obligación consuetudinaria?

²⁹ MÜLLERSON, R., *Ordering Anarchy. International Law in International Society*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2000, p. 171.

³⁰ La idea es buscar alternativas jurídicas al cuasi-voluntario y en decadencia principio de jurisdicción universal, cuyo fracaso, a la luz de los logros obtenidos tras más 50 años de existencia en funcionamiento (ha conseguido que, desde 1961, se dicten en aplicación del mismo un total de 32 sentencias) resulta evidente. LANGER, M., “The Diplomacy of Universal Jurisdiction: the Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes”, *AJIL*, Vol. 105:1, 2011, pp. 1-49). Véase LANGLAND, E., “A Decade of Descent: The Ever-Shrinking Scope and Application of Universal Jurisdiction”, *INT’L L. NEWS* (ABA Section of Int’L.), verano 2010. Ante la fuerte influencia que ejerce el poder ejecutivo en la aplicación del principio de jurisdicción universal por parte del poder judicial, este autor propone aceptar de manera pragmática el importante rol que juega la política en esta cuestión y convertir este tema en un tema candente durante el año de las elecciones legislativas obligando a los partidos a pronunciarse sobre la postura que mantienen en relación al mismo. Las relaciones entre el principio de jurisdicción universal y la obligación de extraditar o juzgar serán objeto de estudio en el capítulo V.

La erradicación de la impunidad para graves crímenes internacionales se erige a día de hoy como uno de los mayores desafíos a los que se enfrenta la comunidad internacional. En efecto, los esfuerzos por proteger los fundamentos del Estado de Derecho se ven cada vez más amenazados por una creciente tendencia global a recurrir a métodos ilícitos para combatir determinados tipos de criminalidad. En este marco, mediante la investigación que aquí se presenta se ha pretendido evidenciar el gran potencial de la obligación de extraditar o juzgar para enfrentarse a estos retos, y hacerlo desde uno de los pilares básicos del Estado de derecho: el respeto a los derechos humanos.

PRIMERA PARTE

FUNDAMENTO Y MARCO TEÓRICO DE LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR: GARANTÍAS PROCESALES, DERECHOS HUMANOS E IMPUNIDAD

I. LAS GARANTÍAS DERIVADAS DEL PROCESO JUDICIAL EN DERECHO INTERNACIONAL³¹

Uno de los efectos principales de la imputación de un delito en el marco del proceso penal es la activación automática de las garantías procesales, cuyo efecto inmediato es el reconocimiento y protección de los derechos fundados en la seguridad jurídica³² del acusado. Entre los mismos, podemos hallar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho de defensa, el derecho a la libertad (con las matizaciones que se verán más adelante), el derecho a la seguridad, las garantías en caso de detención, el derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales, los derechos en el proceso tales como la presunción de inocencia, el derecho a estar presente o verse representado en el mismo y, en su caso, los derechos del condenado.

Su pleno disfrute está a su vez condicionado al ejercicio de una serie de derechos instrumentales, como el derecho a la asistencia de un abogado, a la utilización de los medios de pruebas pertinentes o el derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

Los referidos derechos, a pesar de resultar en un reforzamiento de la libertad, están fundados en el valor seguridad jurídica y consiguen, a través de las garantías procesales, producir la tranquilidad, la certeza y el saber a qué atenerse. Al asegurar al individuo frente a las leyes criminales, le permiten establecer límites a una de las funciones del poder del Estado, el *ius puniendi* o derecho a castigar³³. Y por supuesto, le permiten protegerse frente al abuso del

³¹ Para una aproximación estructurada y comprensiva a los derechos humanos y garantías procesales comprendidas en el derecho al debido proceso véase el capítulo VI del manual preparado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, "Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, Chapter VI: The right to a fair trial - From Investigation to Trial", Oficina del Alto Comisionado de para los Derechos Humanos. Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training9chapter6en.pdf> Consultado el 21/10/2013.

³² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales, teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999, pp. 456 y ss. Sin obviar el debate doctrinal existente en torno a los criterios de clasificación de los derechos humanos, a los efectos de esta investigación se atenderá al criterio propuesto por el profesor Peces-Barba en base al contenido de los derechos. Así, en un esfuerzo de sistematización que facilita enormemente su estudio, los derechos humanos son divididos en personalísimos, de sociedad, comunicación y participación, derechos políticos y de seguridad jurídica, y derechos económicos, sociales y culturales. En el ámbito de este trabajo, se abordarán los derechos de seguridad jurídica en tanto que derechos cuyo pleno ejercicio puede verse "afectado directamente, como se verá más adelante por la obligación de extraditar o juzgar". Quede anotado aquí que se opta por la utilización de la expresión "derechos de seguridad jurídica" para hacer referencia a todos los derechos que de alguna manera se pueden ver afectados por la inexistencia de un marco jurídico universal regulador del procedimiento penal y del proceso de extradición.

³³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales...* op.cit., p. 457. En este sentido, ya en el siglo XVIII, Beccaria defendía el principio de legalidad como límite al *ius puniendi* del Estado: "La Ley establecerá pues los indicios de delito que justifican la custodia del reo, la sujeción a interrogatorio y a una pena". BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Ed. Trotta, Madrid, 2011, p. 217. Para profundizar sobre la influencia del pensamiento de Beccaria en el derecho penal en sentido amplio, véase ZAFFARONI, E.R., "La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo", *Anuario de derecho penal y ciencias*

poder por parte del Estado cuando éste actúa vulnerando las normas reguladoras del proceso judicial o de la extradición oficial³⁴.

La inclusión de estos derechos en la mayoría de los instrumentos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos corrobora su carácter universal y responde a lo que algunos autores han denominado “la humanización del derecho internacional³⁵”. A lo largo de seis décadas, este proceso ha transformado el derecho internacional clásico, que ha pasado de considerar a los Estados como los sujetos únicos en el ordenamiento internacional a dar protagonismo al individuo como sujeto del mismo, en tanto que titular de una serie de derechos inherentes a todo ser humano que actúe frente a los poderes del Estado³⁶. En el marco del presente trabajo, es necesario señalar que esta evolución, como se verá a lo largo de esta primera parte, ha sido especialmente notable en el ámbito de la extradición y se evidencia a través de la tendencia hacia el reconocimiento del carácter ejercitable de los derechos en el proceso de la extradición por parte de la persona reclamada³⁷.

penales, tomo 42, fasc/mes 2, 1989, pp. 521-552. Para hacerlo en el ámbito español véase, ARROYO ZAPATERO, L.A., “Cesare Beccaria y la moderna política criminal en España”, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 10, pp. 7-16.

³⁴ Sobre la cuestión de los derechos como límites al poder véase ASÍS ROIG, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000 y BARRANCO AVILÉS M.C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000.

³⁵ Entre otros, cabe destacar aquí a Díaz Barrado que, en el marco del reconocimiento de este proceso de humanización del derecho internacional, ha desarrollado una interesante tesis que conecta este reconocimiento con el ejercicio del principio de jurisdicción universal como mecanismo “subsidiario” para garantizar el efectivo respeto de los derechos humanos ante el fracaso de los mecanismos internacionales de protección existentes. DÍAZ BARRADO, C.M., “La jurisdicción universal: el individuo, los derechos humanos y la institucionalización del orden internacional”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 2, 2008, pp. 7-8.

³⁶ BASSIOUNI, C., *International Extradition. United States Law and practice*, Oxford University Press, New York, 2007, p. 23; QUISPE REMÓN, F., “El reconocimiento del derecho al debido proceso en el derecho internacional y su relación con Estados Unidos: El caso Guantánamo”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 23, Época II, junio 2010, pp. 245-278, p. 247.

Sobre el proceso de humanización del derecho internacional véase DONELLY J., *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, 2002; ALSTON P. y MÉGRET F., *The United Nations and Human Rights, a critical appraisal*, Oxford University Press, 2007; YOUNG, K., *The Law and Process of the UN Human Rights Committee*, Transnational Publishers, New York, 2002, citado en QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional...op cit.*, p.111. Debe notarse que esta tendencia comenzaba a intuirse ya en algunos sectores de la doctrina hace más de 60 años. Así autores como Bourquin ya reconocían el creciente rol que el ser humano iba adquiriendo en lo que entonces se denominaba el derecho de gentes. BOURQUIN, M., *L’humanisation du droit des gens, La technique et les principes du Droit public-Études en l’honneur de Georges Scelle*, tomo I, Paris, LGDJ, 1950, pp.53-54.

³⁷ El profesor Antonio Cuerda Riezu se refiere a esta evolución de una manera muy gráfica: “La inicial relación bilateral o bidimensional entre los Estados se amplía a una relación triangular en la que queda incluida la persona reclamada, convirtiéndose en un extranage à trois”. CUERDA RIEZU, A., “La extradición y la orden europea de detención y entrega”, *Revista CENIPEC*, núm. 25, 2006, pp. 41-60, p.45. En sentido contrario y evidenciando el alcance de esta evolución, es interesante recordar la argumentación del Tribunal Supremo de EEUU en el caso Ker que, junto al asunto Frisbie, se ha consolidado como el caso de referencia en la jurisprudencia americana en el ámbito de la extradición, a pesar del

A la luz del marco jurídico existente y del contenido y alcance del que los órganos correspondientes dotan a los derechos humanos, el objetivo de este primer apartado es averiguar si, a pesar de las variaciones en los niveles de protección, se puede identificar una configuración mínima de los derechos de seguridad jurídica³⁸, piedra angular de la internacionalización del derecho al debido proceso³⁹. Para ello, tal y como se ha adelantado en la introducción, se recurrirá a una clasificación basada en los criterios de interpretación de los derechos de seguridad jurídica en la jurisprudencia internacional, que divide a los mismos en dos grupos: a. Derechos de seguridad jurídica con interpretación y alcance común y b. Derechos de seguridad jurídica con variaciones en los niveles de protección, sin perjuicio de la inclusión al final del análisis de algunos derechos no desarrollados por la jurisprudencia internacional, cuestión que se introducirá en el último apartado que aborda las deficiencias en la protección de los derechos humanos derivadas de la regulación de los tribunales internacionales.

1.1. Derechos de seguridad jurídica con interpretación y alcance común: el derecho a un juicio público y a la presunción de inocencia

En su Observación General 32 sobre el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, el Comité de Derechos Humanos⁴⁰ articuló el derecho a un juicio público en los siguientes términos:

reconocimiento (incondicional y criticable) de la jurisdicción *in personam* recogido en el mismo. En esta sentencia, el Tribunal Supremo afirmó que cualquier denuncia del ejercicio de la jurisdicción derivada del secuestro tendría que ser realizada por el Estado que considere que se ha atentado contra su soberanía, en ningún caso por el acusado (Ker v. Illinois, 119 US 436, 1886).

³⁸ Se aboga por una interpretación teleológica de la regulación del derecho al debido proceso con el fin de salvar las variaciones que puedan darse en la configuración de estos derechos en los distintos instrumentos.

³⁹ De forma paralela y complementaria se examinará la naturaleza jurídica de la que gozan, en el ámbito internacional, los derechos a los que nos hemos venido refiriendo, tanto en el proceso judicial como en el proceso de extradición. En este sentido, cabe destacar la avanzada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ya ha dado el paso sin precedentes de reconocer el derecho al debido proceso como norma de *ius cogens* en los casos Goiburú y La Cantuta y en la Opinión Consultiva 18. CIDH, Caso Goiburú y otros c. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 131; CIDH, Caso La Cantuta c. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 160. Para una argumentación estructurada y clara sobre la justificación de la consideración del derecho al debido proceso como contenido dentro de las normas de *ius cogens* en tanto que parte del núcleo duro de los derechos humanos, véase QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional...op cit.*, pp. 576-581.

⁴⁰ Órgano encargado de supervisar la aplicación y efectividad del PIDCP. El Pacto crea el mecanismo de informes a través del cual los Estados se comprometen a presentar informes al Comité de Derechos Humanos sobre las disposiciones adoptadas para cumplir con los derechos recogidos en el Pacto. Por otro lado, el Comité queda capacitado, a través del Primer Protocolo Facultativo, que entró en vigor en 1976 y ha sido ratificado por 114 Estados, para recibir y analizar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de derechos recogidos en el PIDCP. La efectividad de estos mecanismos de protección de los derechos reconocidos en el Pacto ha sido ampliamente debatido por la doctrina. Véase ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., "La protección internacional de los derechos humanos" en DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 16ª ed., 2007, pp. 589 y ss; OCHOA RUIZ, N. *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*, Thomson Aranzadi, 2004; DIMITRIJEVIC, *State reports, International Human Rights*

“En principio, todos los juicios en los casos penales o casos conexos de carácter civil deberían llevarse a cabo oral y públicamente. La publicidad de las audiencias asegura transparencia de las actuaciones y constituye así una importante garantía que va en interés de la persona y de la sociedad en su conjunto. Los tribunales deben facilitar al público información acerca de la fecha y el lugar de la vista oral y disponer de medios adecuados para la asistencia de los miembros interesados del público, dentro de los límites razonables, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el posible interés público por el caso y la duración de la vista oral. El derecho a ser oído públicamente no se aplica necesariamente a todos los procedimientos de apelación, que pueden realizarse sobre la base de presentaciones escritas, ni a las decisiones anteriores al juicio que adopten los fiscales u otras autoridades públicas⁴¹”.

El respeto a este derecho no se ha visto amenazado en el marco de la justicia penal internacional en tanto que la publicidad es una característica casi definitoria de estos procesos. Cumple, así con la importante función de prevención general negativa, potenciada por la gravedad de los crímenes de los que conocen estos tribunales.

Si el inicio de la internacionalización de los derechos humanos pudiera situarse en un momento histórico concreto, éste sería, sin duda, la aprobación del tratado constitutivo de la Organización de Naciones Unidas: la Carta de las Naciones Unidas⁴².

Con anterioridad a la misma, la orientación eminentemente interestatal del derecho internacional clásico explica que el reconocimiento de los derechos de los individuos en este marco fuera muy limitado. El protagonismo de la persona en el derecho internacional tradicional se agotaba en la regulación de la posición jurídica de los extranjeros de acuerdo a un estándar mínimo de justicia. El respeto a este estándar se concebía, no como una forma de garantizar los derechos humanos del individuo, que no era titular de derechos subjetivos en el derecho internacional tradicional, sino como una obligación debida al Estado de la nacionalidad del extranjero en cuestión⁴³.

Sin embargo, aunque la Carta representara el punto de inflexión, el primer documento de alcance universal en el que se enuncian y reconocen estos derechos es la **Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH)**⁴⁴. A pesar de la ausencia de valor jurídico vinculante que la

Monitoring Mechanisms. Essays in honour of Jacob Moller, Martinus Nijhoff Publishers, 2000. Entre las funciones del Comité también está la de interpretar las disposiciones del Pacto.

⁴¹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 32, Doc. NU: CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 28.

⁴² La doctrina internacionalista coincide en reconocerle al Tratado fundacional de las Naciones Unidas el papel de precursor en la internacionalización de los derechos humanos.

⁴³ CARRILLO SALCEDO JA, ed. *Soberanía de los Estados y Derechos...*, op. cit, p.24.

⁴⁴ En palabras de la profesora Florabel Quispe, la Declaración “constituye la partida de nacimiento de los Derechos Humanos”, QUISPE, F., *El debido proceso en el derecho internacional...* op cit., p. 115. En 1948, los arquitectos de este instrumento albergaban la esperanza de que un reconocimiento articulado de los derechos humanos inspirara la aprobación de nuevas leyes postivadoras de los derechos humanos a lo largo del planeta. Véase el emotivo discurso que, en este momento histórico, pronunció Eleanor Roosevelt. GLENDON,

caracterizó en sus orígenes, en la actualidad su contenido es, en su mayoría, obligatorio de acuerdo con el derecho internacional⁴⁵. No obstante, su naturaleza jurídica, tal y como pone de manifiesto Oráa⁴⁶, ha sido objeto de debate desde su adopción. Así, la Declaración ha sido concebida por los distintos autores como interpretación auténtica de la Carta⁴⁷, como derecho internacional consuetudinario⁴⁸ y como expresión de principios generales del derecho.

La DUDH⁴⁹ reconoce, en su artículo 10 el derecho de toda persona y en condiciones de igualdad, “a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal

M., “A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights”, New York, Random House, 2001.

⁴⁵ Sobre la evolución de la naturaleza jurídica de la Declaración en el ámbito del derecho internacional véase CARRILLO SALCEDO, JA., *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de derechos humanos, cincuenta años después*, Madrid, Trotta; 1999, pp. 85 y ss; VON BERNSTORFF, J., “The Changing Fortunes of the Universal Declaration of Human Rights: Genesis and Symbolic Dimensions of the Turn to Rights in International Law”, *EJIL*, Vol. 19, núm. 5, pp. 904-925; SCHWELB, E., *Human Rights and the International Community. The Roots and Growth of the Universal Declaration of Human Rights, 1948-1963*, Ed. Chicago, Quadrangle Books, 1964, p. 75.

⁴⁶ ORAA, ORAA, J., “En torno al valor jurídico de la Declaración universal”, *La Declaración universal de derechos humanos en su cincuenta aniversario*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pp. 178-201.

⁴⁷ CARRILLO SALCEDO, J. A., “Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la DUDH”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Prof. M. Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 1677.

⁴⁸ FERNANDEZ LIESA, C., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Civitas, 2013, p. 191. Véase también PINESCHI, L., “La dichiarazione universale dei diritti umani” en *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè editore, 2004, pp. 67 y ss; KDHIR, M., “Quelques réflexions sur la nature juridique de la DUDH de 10-XII-48”, *RDIDC*, vol. 76, núm. 4, 1999, pp. 332 y ss; CASTRO-RIAL GARRONE, F., “La Declaración universal como elemento básico del orden internacional” en *La declaración universal de los derechos humanos en su 50 aniversario*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 77-99, p. 80; VILLÁN DURÁN, C., “La declaración universal de derechos humanos en la práctica de Naciones Unidas”, en *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración universal*, BLANC ALTEMIR, A., (Coord.), Universitat de Lleida, Tecnos, pp. 51-61, p. 57. MÁRQUEZ CARRASCO, C., *Logros y desafíos en el 60 aniversario de la DUDH*, Instituto de Derechos humanos, Universidad de Deusto, 2008, p. 128 (citados en FERNÁNDEZ LIESA, C., *El Derecho internacional de los derechos humanos...op. cit.*).

⁴⁹ Este instrumento positivizó una tendencia hacia el reconocimiento de ciertas pretensiones legítimas del ser humano que venía poco a poco construyéndose desde el siglo XVIII. “(N)or shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law...” (Amendment V of The Bill of Rights of the United States Constitution, 1791); “El espía cogido *in fraganti* no podrá ser castigado sin juicio previo”. (Art. 30 de la Convención II de la Haya de 1899 relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y reglamento anexo); La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1948, art. xviii: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”. Art. xxvi: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente

independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. Hasta la aprobación del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**⁵⁰, estos derechos, enunciados en la Declaración en un sentido muy amplio, no fueron dotados de un contenido concreto⁵¹.

Los referidos derechos de seguridad jurídica se desarrollan y se definen en el presente Pacto en los artículos 9 y 14. En concreto, el derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley, se recoge en el artículo 14 del Pacto.

Más allá del ámbito estrictamente internacional, la proliferación de sistemas regionales de protección de derechos humanos, que comenzó a mediados del siglo XX y que ha experimentado en los últimos tiempos un auge notable, no está exenta de controversia. En esta cuestión, las opiniones doctrinales van desde la defensa de la regionalización de la protección de las garantías procesales, como mecanismo para dotar a las mismas de un contenido y alcance común universal que mejora su efectividad⁵², hasta la calificación de este fenómeno como polarizador y disgregador de unos derechos que deben caracterizarse por su universalidad⁵³.

En efecto, a nivel regional, el derecho a un juicio público se reconoce en varios instrumentos de protección de los derechos humanos. Partiendo de Europa, el **Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)**⁵⁴ puede

establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”.

⁵⁰ Aprobada en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, por la Asamblea General de Naciones Unidas por la Resolución 2200 A (XXI) junto con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y entrando en vigor en 1976. Los Protocolos Facultativos a ambos Pactos fueron aprobados en 1989.

⁵¹ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “La protección internacional de los derechos humanos...op cit., p. 589; RUILOBA ALVARÍO, J., “Los pactos internacionales de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966” en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, (coord. por FERNÁNDEZ DE CASEDEVANTE ROMANÍ), Ed. Dilex, 2007, pp. 119 y ss. Quede aquí anotada la utilización de la expresión “Carta Internacional de los Derechos Humanos” por parte de la doctrina para referirse al conjunto de instrumentos formado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los dos Protocolos Facultativos al primero de los Pactos.

⁵² SARKIN, J., “The Role of Regional Systems in Enforcing State Human Rights Compliance on Human and People’s Rights and the New African Court of Justice and Human Rights with Comparative Lessons from the Council of Europe and the Organization of American States”, *Inter-american and European Human Rights Journal*, núm. 199, 2008, pp. 209 y ss.

⁵³ ROBBINS, M., “Powerful States, Customary Law and the Erosion of Human Rights through Regional Enforcement”, *California Western International Law Journal*, vol. 35, núm. 2, 2005, pp. 275-302.

⁵⁴ Aprobado el 4 de noviembre de 1950, elaborado por el Consejo de Europa. En vigor el 3 de septiembre de 1953.

presumir de ser el primer tratado jurídicamente vinculante de derechos humanos⁵⁵.

El apartado 1 del artículo 6 bajo el título de “Derecho a un proceso equitativo”, establece que “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial (...)”. Este reconocimiento, formulado en términos muy ambiguos, ha ido definiéndose por parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁵⁶ como respuesta a las voces críticas de la doctrina que han denunciado el riesgo de inseguridad jurídica que acarrea la indeterminación en este ámbito⁵⁷.

A los efectos de esta investigación, resulta particularmente llamativo el interés que, entre la doctrina, comienza a despertar la delimitación del marco jurídico de aplicación para garantizar el respeto a los derechos de seguridad jurídica en los procesos de extradición o entrega en aplicación del CEDH⁵⁸.

La eficacia de las disposiciones recogidas en el Convenio se ampara en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya función principal es velar por el

⁵⁵ QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional... op. cit.*, p.137.

⁵⁶ Consúltense los siguientes pronunciamientos del Tribunal: TEDH, Asunto Neumeister c. Austria, sentencia del 27 de junio de 1968 solicitud núm. 1936/63; TEDH, Asunto Ringeisen c. Austria, sentencia del 16 julio de 1971, solicitud núm. 2614/65; TEDH, Asunto Pafitis y otros c. Grecia, sentencia del 26 de febrero de 1998, solicitud núm. 20323/92; TEDH, Asunto Di Mauro c. Italia de 28 de julio de 1999, solicitud núm. 34256/96; TEDH, Asunto Zielinski, Pradal, González y otros c. Francia, sentencia de 28 de octubre de 1999, solicitudes núm. 24846/94, 34165/96, 34166/96, 34167/96, 34168/96, 34169/96, 34170/96, 34171/96, 34172/96, 34173/96; TEDH, Asunto Ruiz Mateos c. España, sentencia de 23 de junio de 1993, solicitud núm. 12952/87 o TEDH, Asunto Díaz Aparicio c. España, sentencia de 11 de enero 2002, solicitud núm. 49468/99. Véase también DÍAZ BARRADO, C., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: órgano garante de los derechos humanos en Europa”, *Diario La Ley*, núm. 7075, 2008.

⁵⁷ SALADO OSUNA, A., “El plazo razonable en la administración de justicia: una exigencia del Convenio, en la Europa de los Derechos” en *El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005. El modo de designación y la duración del mandato de los miembros, las garantías contra presiones exteriores y la apariencia de independencia son los tres criterios utilizados por el TEDH para determinar la independencia de un tribunal (véase caso Campbell y Fell contra Reino Unido o caso Langborger contra Suecia, 1989). A la imparcialidad por su parte, se le reconocen dos vertientes: la subjetiva, que se refiere al pensamiento interno del juez en cada ocasión y que se presume y la objetiva, que se refiere a la existencia de hechos comprobables que permitan cuestionar la imparcialidad del juez (véanse el caso Morris c. Reino Unido, sentencia del 26 de febrero de 2002 y el caso Pabla KY c. Finlandia, sentencia del 26 de junio de 2004).

⁵⁸ MATHISEN, G., “On the fairness of proceedings for extradition or surrender”, *European Human Rights Law Review*, Sweet & Maxwell and its Contributors, núm.5, 2010, pp. 486-495. En este artículo, el autor justifica la postura del Comité y del Tribunal de Derechos Humanos que rechaza la aplicabilidad del artículo 14.1 del PIDCP y del artículo 6.1. CEDH a los procesos de extradición. El Tribunal, por otro lado, reconoce la aplicabilidad del artículo 6.2, garantizador del respeto a la presunción de inocencia en el ámbito de la extradición. No obstante, resalta también que el Comité ha realizado un intento, desafortunado según el autor, de aplicar la protección recogida en estos artículos a través del reconocimiento de la aplicabilidad del artículo 13 del PIDCP relativo al derecho de los extranjeros a no ser expulsado sino en virtud de un decisión adoptada de acuerdo con la ley, a los procesos de extradición. Concluye con la defensa de los artículos 5 del Convenio Europeo y 9 del PIDCP como marco jurídico de protección de las personas sometidas a procesos de extradición.

respeto de los derechos humanos en los Estados miembros a través de la interpretación y aplicación del contenido del Convenio⁵⁹. A este fin, toda persona que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado parte, goza de legitimidad para, respetando los requisitos procedimentales, denunciar la violación de estos derechos ante el Tribunal de Estrasburgo. Las sentencias de este Tribunal cuentan con el respaldo del Comité de Ministros, órgano político encargado de velar por la ejecución de las sentencias definitivas⁶⁰.

La coherencia en la jurisprudencia de este Tribunal, que ha condenado sistemáticamente la vulneración de los derechos de seguridad jurídica, ha ido poco a poco delimitando el contenido de los mismos. Evidentemente, el trabajo de este órgano no ha cristalizado en una uniformidad absoluta en el contenido y alcance de los derechos entre los Estados parte, pero sí ha conseguido establecer límites al margen de discrecionalidad de los Estados. Desgraciadamente, esto no ha evitado, como se analizará en el tercer capítulo, que algunos de los países partes de este Convenio hayan normalizado su inobservancia, hasta el punto de incorporar prácticas vulneradoras de derechos de seguridad jurídica a la legislación nacional⁶¹.

Sin dejar de reconocer la primacía del Convenio y de su aplicación a través del TEDH como conformador del mecanismo europeo más importante y efectivo de protección de los derechos humanos, es necesario destacar la existencia de otras iniciativas e instrumentos de defensa de los derechos humanos que han surgido en este contexto regional, movidos por la voluntad de consolidar, unificar y homogeneizar el contenido y respeto de los derechos fundamentales en los Estados parte, como primer paso necesario hacia su

⁵⁹ La cuestión de los efectos y la ejecución de las sentencias del TEDH ha sido ampliamente tratada por la doctrina y excede el ámbito del presente trabajo. A pesar de la existencia de un amplio debate acerca de la eficacia de las decisiones de los tribunales de derechos humanos en los distintos sistemas de protección regionales, los autores suelen coincidir en considerar el sistema europeo como el sistema regional de protección con mayor índice de eficacia. BUERGENTAL y SHELTON, *Protecting Human Rights in the Americas* (Kehl am Rhein, Engel Verlag 1996), p. 36, citado en SHELTON, D., "The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe", *Duke Journal of Comparative and International Law*, núm 13, 2003, p. 152; CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.

⁶⁰ Artículo 46 del CEDH.

⁶¹ En este sentido, el TEDH ha dictaminado que algunas de las medidas legislativas adoptadas por el Reino Unido para luchar contra el terrorismo violan los derechos recogidos en este instrumento (véase el caso de la prisión de Belmarsh y caso de las control orders). En el caso de España, la mera existencia y funcionamiento de los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIEs), a pesar de no haber sido expresamente condenada por el Tribunal constituye una de las más flagrantes violaciones de derechos de libertad y de seguridad a manos de un Estado. Las recientemente anunciadas reformas en este ámbito, se concentran principalmente, según este artículo, en priorizar la entrada de inmigrantes con antecedentes penales en estos centros. Resulta sorprendente que se anuncie como un éxito la aprobación de una medida que introduce el criterio de los antecedentes penales como una mejora jurídica de una situación que es, en sí misma, ilegal. CARRANCO, R., "Interior priorizará el ingreso en los CIE de personas con antecedentes", *El País*, 1 de mayo de 2012. Disponible en http://politica.elpais.com/politica/2012/04/30/actualidad/1335786537_704388.html. Consultado el 29/10/2013.

universalización. Entre ellas, la Carta de París para la Nueva Europa⁶² de la OSCE, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶³ y la Convención de Derechos Humanos de la Comunidad de Estados Independientes⁶⁴ (CEI).

⁶² Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, Carta de París para una Nueva Europa, 21 de noviembre de 1990. Disponible en <http://www.osce.org/mc/39516>. Consultado el 21/10/2013. A pesar de haber sido aprobada casi 50 años más tarde, a nivel de protección de derechos fundamentales, la Carta de París adoptada por la OSCE en 1991 no supuso una ampliación de la cobertura de los derechos humanos con respecto a la protección otorgada por el CEDH, en tanto que su objetivo era otro, concretamente, alcanzar un compromiso de mínimos en materia de derecho humanos en el contexto del final de la Guerra Fría. La primera fase de la OSCE, que se remonta a 1975 con la adopción del Acta Final de Helsinki, se extiende hasta la disolución del Pacto de Varsovia en 1991. Durante este período, la OSCE se erige como un foro de diálogo entre Gobiernos. La Carta de París vino a poner fin a esta primera fase y por ende, a la división ideológica en materia de derechos de la Guerra Fría y logró marcar, según algunos autores, el principio de la institucionalización de la OSCE, que durante la fase anterior se limitó a ser el medio a través del cual se mantuvo un canal de comunicación abierto entre los dos bloques (BRETT, R., "Human Rights and the OSCE", *Human Rights Quarterly*, vol. 18, núm. 3, 1996, p. 670). En el marco de esta Conferencia de Seguridad Europea, la Unión Soviética tenía como objetivo principal el reconocimiento de la división europea y de sus nuevas fronteras, mientras que los países occidentales veían esta Conferencia como el vehículo a través del cual presionar a la Unión Soviética en cuestiones de derechos humanos. De todo lo anterior se deduce que esta Carta, en la que figuran como firmantes todos los Estados europeos, Canadá y Estados Unidos, fue aprobada por un órgano político, la OSCE. Su naturaleza de foro político sigue siendo ampliamente confirmada por la doctrina más especializada.

⁶³ Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 18. 12. 2000 (2000/C 364/01). La Carta fue inicialmente proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000. El 12 de diciembre de 2007, se proclamó una versión adaptada en Estrasburgo, que devino jurídicamente vinculante para los todos los Estados europeos tras la ratificación del Tratado de Lisboa. Tras el fracasado intento de promulgar, en el año 2004, una Constitución Europea que tenía previsto incluir la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se firma el 13 de diciembre de 2007, el Tratado de Lisboa, que, sin incluir la referida Carta, incorpora un mecanismo que la dota de carácter jurídicamente vinculante tanto para la Unión Europea como para todos los Estados miembros, a excepción del Reino Unido y Polonia, que mediante la adopción de un Protocolo de interpretación de la Carta, limitaron su aplicación, excluyendo, entre otras cosas, la posibilidad de que la conformidad de sus leyes nacionales con la Carta pudiera ser evaluada. El Reino Unido y Polonia condicionaron su adhesión al Tratado de Lisboa a la aprobación de un Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales a estos dos Estados (Protocolo núm. 30) en el que se afirma que este instrumento no permitiría a ningún órgano judicial, europeo o nacional, calificar las leyes o regulaciones de estos países de vulneradoras de los derechos y libertades reconocidos en la Carta. El apartado 2 del artículo 1 de este Protocolo subraya que el Título IV de la Carta no crea derechos exigibles a ninguno de estos dos países a menos que los mismos estuvieran ya recogidos en el derecho nacional.

⁶⁴ Adoptada el 26 de mayo de 1995 en Minsk (Bielorrusia). Aquí, los derechos de seguridad jurídica están concentrados en los artículos 5, 6 y 7. Se trata de un instrumento regional de protección de los derechos humanos del que forman parte los países que conforman la Comunidad de Estados Independientes (CEI), organización regional creada tras la caída de la Unión Soviética. Los Estados que la componen son Bielorrusia, Kirguistán, Rusia y Tayikistán. Los derechos reconocidos en este instrumento quedan garantizados por la Comisión de Derechos Humanos de la CEI, que recibe peticiones y denuncias individuales de individuos y organizaciones no gubernamentales. Para profundizar sobre este mecanismo de protección, véase CANÇADO TRINDADE, A., "Análisis sobre las implicancias legales para los estados que pretenden ratificar el convenio europeo de derechos humanos y sus protocolos y la convención de derechos humanos de la comunidad de estados independientes (CEI)", *Relaciones*

En lo que respecta al derecho a la presunción de inocencia, el Comité de Derechos Humanos ha dotado de contenido a este derecho mediante la alusión a ejemplos concretos de conductas lesivas para el mismo. Así, en la Observación General 32 sobre el artículo 14 del PIDCP dispone que “los acusados no deberán llevar grilletes o estar enjaulados durante el juicio, ni ser presentados ante el tribunal de alguna otra manera que dé a entender que podría tratarse de delincuentes peligrosos. (...) Además, la duración de la prisión preventiva nunca deberá ser considerada indicativa de culpabilidad ni del grado de ésta⁶⁵”.

Sin perjuicio del aparente consenso en torno al contenido de este derecho que se desprende de esta Observación, autores como Quispe advierten sobre el peligro de que, en el caso del Estatuto de Roma, regulador de la CPI, este derecho “esté recogido en el artículo 66, un artículo diferente al que recoge los derechos del acusado”. “Esta situación”, prosigue, “puede impedir su invocación como un derecho inherente al acusado⁶⁶”.

En cuanto a la carga de la prueba, el Comité de Derechos Humanos, en la citada Observación General 32, ha sostenido que ésta debe recaer en la acusación, como parte del derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, en algún supuesto, la jurisprudencia internacional se ha pronunciado en sentido contrario. Así, en el caso Lubanga, la Cámara de Instrucción del TPIR estimó que la negligencia podía ser considerada una excepción al estándar exigido de intencionalidad y conocimiento recogido en el artículo 30 (I) del Estatuto. En estos casos, la prueba de que el acusado tenía motivos razonables para sospechar la concurrencia de un acto relevante es suficiente para dictar una sentencia condenatoria, lo cual traslada la carga de la prueba al acusado⁶⁷.

La DUDH también reconoce en su artículo 11, que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, (...)”. En cuanto al texto literal del Pacto, la presunción de inocencia queda concretada tanto a través de enunciados generales (impone la carga de la prueba a la acusación y garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable) como de descripciones delimitadoras del contenido exacto de estos enunciados (los acusados no deberán ser presentados ante el tribunal de manera que dé a entender que podría tratarse de delincuentes peligrosos).

Procede introducir aquí la incorporación de los derechos de seguridad jurídica al **Derecho Internacional Humanitario (DIH)**. El Derecho Internacional Humanitario, regulador del *ius in bello*, articula los derechos de seguridad jurídica en los Convenios de Ginebra de 1949 y en los Protocolos

Internacionales, Revista año 7, núm. 13, junio-noviembre 1997, Edit. IRI (UNLP), La Plata, Argentina, p. 67.

⁶⁵ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Opinión General 32, Doc. NU. CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 30.

⁶⁶ QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional...op cit.*, p. 214.

⁶⁷ CPI, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Auto de confirmación de los cargos, caso núm. ICC-01/04-01/06-803, 29 de enero de 2007, párrs. 356–359.

Adicionales de 1977.

Según la profesora Quispe, el artículo 75.4 del Protocolo I (Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949), incluye el derecho al debido proceso y los principios básicos del derecho penal, entre ellos, el *non bis in ídem*; *nullum crimen, nulla poena sine lege*, la aplicación de la ley más favorable al individuo y a la presunción de inocencia⁶⁸.

En el ámbito del proceso, el contenido de los mismos depende del estatuto que tenga la persona acusada y del tipo de delito por el que esa persona va a ser juzgada⁶⁹. Así, si la persona es calificada de prisionero de guerra, le será de aplicación el Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 12 de agosto de 1949 (III Convenio de Ginebra). Este instrumento recoge las dos cuestiones básicas en las que se funda la protección del prisionero de guerra: la prohibición de juzgar y castigar al prisionero por el mero hecho de participar en las hostilidades y la obligación de tratarlo humanamente durante su captura. La estrecha relación entre el reconocimiento del estatuto de prisionero de guerra y la protección de los derechos de seguridad jurídica ha sido subrayada por autores como Naqvi, que reconoce que “El estatuto de prisionero de guerra es, por consiguiente, de capital importancia para una persona capturada que cae en poder de una Potencia enemiga, tanto desde el punto de vista del estatuto jurídico como del trato que debe recibir. Si a una persona no se le concede el estatuto de combatiente, se le puede juzgar por haber cometido un acto de beligerancia. En los casos que esta infracción penal se castigue con pena capital de conformidad con la jurisdicción nacional, la ausencia del estatuto de prisionero de guerra puede ser un asunto de vida o muerte⁷⁰”. En este estado de cosas, evidentemente, también al procedimiento de determinación del estatuto jurídico le serían de aplicación las normas de derechos humanos, en este caso consuetudinarias⁷¹.

⁶⁸ QUISPE REMÓN, F. *El debido proceso en el derecho internacional...op. cit.*, p. 134. Protección adicional en el marco de las garantías procesales de la que se podrán beneficiar también los prisioneros de guerra y las personas protegidas en virtud del IV Convenio. CICR, *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août de 1949*, Ed. SANDOZ, Y., SWINARSKI, C., y ZIMMERMANN, B., Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra, 1986, p. 913, párr. 3142.

⁶⁹ PÉREZ GONZÁLEZ, M., RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, P., “El caso de los detenidos de Guantánamo ante el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, volumen LIV, 2002, pp. 26-27: “En lo que se refiere a los prisioneros de guerra, se ha dicho que, en cuanto excombatientes que en su día había sido autorizados a utilizar la fuerza, sólo pueden ser juzgados por violaciones del Derecho de los conflictos armados o por delitos relacionados con las hostilidades”. Así, bajo el III Convenio, los prisioneros de guerra tienen específicamente reconocidos las siguientes garantías judiciales: derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial (art. 84.2 del III Convenio); derecho a ser informado de los cargos formulados en su contra (art.104.2 del III Convenio); derecho a la defensa, a ser defendido por un abogado cualificado y a un intérprete (arts. 99 y 105 del III Convenio); principio de legalidad penal (art. 99.1 del III Convenio); *non bis in ídem* (art. 86 del III Convenio) y derecho a ser informado acerca de su derecho de apelación (art. 106 del III Convenio).

⁷⁰ NAQVI, Y., “Estatuto de prisionero de guerra: “casos de duda”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 30 de septiembre de 2002. Disponible en <http://www.cicr.org/spa/resources/documents/misc/5teczd.htm>.

⁷¹ *Id.* “Sin temor a equivocaciones, la conclusión puede ser que a la luz del derecho internacional consuetudinario los derechos fundamentales al procedimiento regular son aplicables en los procedimientos de determinación del estatuto”. La autora se apoya, entre otras

Más allá del ámbito concreto de los prisioneros de guerra, y en términos más generales, el conocido artículo 3, común a los cuatro Convenios, establece que, en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

“1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados (...)⁷².”

El objetivo de este último apartado es prohibir la justicia sumaria, práctica generalizada en tiempos de guerra. No obstante, tal y como se ha puesto de manifiesto por la doctrina⁷³ y por la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia⁷⁴, la vigencia de estas disposiciones no está limitada a los conflictos

fuentes, en el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en respuesta a una petición de medidas cautelares respecto de los detenidos de Guantánamo, que concibe las protecciones contempladas en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario como dos sistemas que se puede complementar y reforzar. Organización de Estados Americanos, Washington, D.C., 20006, Ref. Detainees in Guantanamo Bay, Cuba: Request for Precautionary Measures, 13 de marzo de 2002. Disponible en <http://www.humanrightsnow.org/oasconventionnonguantanmodetainees.htm>. En el mismo sentido, véase la Opinión Consultiva del TIJ en el caso de las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino. TIJ, Opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, 9 de julio de 2004, párr. 106: “El Tribunal considera que la protección que ofrecen las convenciones que regulan los derechos humanos no dejan de aplicarse en caso de conflicto armado, como no sea a causa de las disposiciones sobre la derogación como la que figura en el art. 4 del PIDCP”.

⁷² Negrita añadida.

⁷³ QUISPE REMÓN, F. *El debido proceso en el derecho internacional...op cit.*, p. 131.

⁷⁴ Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua. TIJ, Nicaragua c. Estados Unidos de América, sentencia de 27 de junio de 1986, párr. 218-220: “Los EEUU tienen la obligación de respetar los Convenios. (...) Esta obligación se deriva de los

no internacionales. Es más, en aquellos conflictos internacionales, su respeto será mayor ya que implican la aplicación de la totalidad del contenido de los Convenios⁷⁵.

A nivel regional, el derecho a la presunción de inocencia se reconoce, de manera explícita, en el apartado 2 del artículo 6 del **CEDH**, en el artículo 7 de la **Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos**⁷⁶ y en el **Derecho Islámico**.

Hágase aquí un paréntesis para analizar, de manera más detallada, algunos de los emergentes sistemas regionales de protección de los derechos humanos, que permita, asimismo, justificar las afirmaciones sobre la regulación y alcance de los derechos de seguridad jurídica que se realizarán en esta sección.

Comenzando con la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁷⁷, conviene realizar algunas matizaciones previas.

La articulación del contenido y alcance de los derechos humanos se hace en este instrumento desde las tradiciones y valores africanos, que se encuentran más cerca de la concepción de los derechos en un sistema comunitarista que de la filosofía antropocéntrica que inspira la construcción occidental de los derechos humanos. Esta idea no solo se puede inferir del preámbulo, sino que ha sido subrayada tanto por la doctrina africana⁷⁸ como por la internacional⁷⁹.

principios generales del derecho humanitario al cual las convenciones dan simplemente la expresión específica”.

⁷⁵ La vigencia del contenido del PIDCP en los conflictos humanitarios internacionales ha sido subrayada por el Comité de Derechos Humanos en la Observación General 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica impuesta, 80º período de sesiones, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004, párr. 11. Esta idea está inferida de lo afirmado en el párrafo 3 de la Observación General 29 sobre los estados de excepción, Doc NU. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2001: “Durante un conflicto armado, interno o internacional, las normas del derecho internacional humanitario son aplicables y ayudan, junto con las disposiciones del párrafo 1 de los artículos 4 y 5 del Pacto a prevenir el abuso de los poderes de emergencia de un Estado”. Traducción de la autora.

⁷⁶ Artículo 7.1. Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica:

- a. derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigentes.
 - b. El derecho a ser considerado inocente hasta que un tribunal competente demuestre su culpabilidad.
 - c. El derecho a la defensa, incluido el derecho a ser defendido por un abogado de su elección.
 - d. El derecho a ser juzgado dentro de un plazo de tiempo razonable por un tribunal imparcial.
2. Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible, en el momento en que se cometió. No se puede infligir pena alguna por una ofensa contra la que no existe ninguna disposición en el momento de ser cometida. Las penas son personales y sólo pueden ser impuestas al transgresor.

⁷⁷ Aprobada en 1981. Entra en vigor el 21 de octubre de 1986.

⁷⁸ Véase IBHAWOH, B., “Between Culture and Constitution: Evaluating the Cultural Legitimacy of Human Rights in the African State”, *Human Rights Quarterly*, núm. 22, 2000, pp. 838-360.

⁷⁹ SARKIN, J., “The role of regional systems in enforcing state human rights compliance...op cit., p.213.

Los derechos de seguridad jurídica están recogidos en este instrumento en los artículos 6 y 7. Aquellas personas que, encontrándose bajo la jurisdicción de un Estado parte en la Carta hayan sido víctimas de violaciones de derechos humanos, pueden denunciar la violación de derechos a través de un Estado, de las Comisiones, de Organizaciones No Gubernamentales o de manera individual, en caso de estar acreditadas, ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, ante la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁸⁰ y ante la Comisión de los Derechos y Bienestar del Niño, que comenzó a operar en 1999.

La Corte Africana está legitimada para conocer de casos de violaciones de derechos humanos perpetradas por aquellos Estados que hayan reconocido su jurisdicción. Si bien es cierto que sus orígenes se remontan a 1998, cuando fue establecida por el artículo 1 del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos, no dictó su primera sentencia hasta el año 2009⁸¹. A pesar de su lento despegue⁸², en los últimos dos años, la Corte Africana ha dictado un total de 12 sentencias que, sin haber provocado aún una gran reacción por parte de la doctrina, comienzan ya a motivar artículos de análisis jurisprudencial⁸³.

⁸⁰ La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, a la que le corresponde la aplicación y la garantía del respeto de esta Carta, fue establecida por el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos en junio de 1998, pero no entra en funcionamiento hasta el 24 de febrero de 2004, fecha en la que los 15 Estados exigidos lo ratifican. No obstante, no empieza a operar hasta el año 2006. En estos momentos, se están llevando a cabo reuniones en el seno de la Unión Africana que persiguen ampliar la jurisdicción de la Corte Africana para que ésta pueda conocer de crímenes internacionales. A tal efecto se ha adoptado el Protocolo Provisional para reformar el Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos, Corte híbrida creada en 2008 por este Protocolo y que pretende unir la Corte Africana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Justicia. A día de hoy, septiembre 2012, sigue faltando la voluntad política para dar este cambio ya que solo tres Estados lo han ratificado. No obstante, hay perspectivas de cambio en el horizonte.

⁸¹ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Michelot Yogogombaye c. Senegal*, Sentencia de 15 de diciembre de 2009, caso núm. 001/2008.

⁸² HOPKINS, K., "The Effect of an African Court on the Domestic Legal Orders of African States", *African Human Rights Law Journal*, núm. 2, 2002, p. 234; WELDEHAIMANOT, S.M., "Towards Speedy Trials: Reforming the Practice of Adjudicating Cases in the African Human Rights System", *The University for Peace Law Review*, Vol.1:14, 2010, pp.14-38.

⁸³ KOAGNE ZOUAPET, A., "Une si évidente décision...une Cour bien confuse: quelques observations sur l'arrêt de la Cour africaine des Droits de l'Homme et des Peuples en l'affaire Femi Falana c. Union Africaine (Affaire N°001/2011)", publicado en Coalition for an effective African Court of Human and Peoples' Rights. Véase "Coalition for an Effective African Court on Human and Peoples' Rights" como una fuente de información actualizada sobre la evolución de los casos pendientes ante la Corte Africana. Para una información actualizada, resumida y analizada de los casos ante la Corte Africana, véase el proyecto "African Human Rights Case Law Analyser". Disponible <http://caselaw.ihrda.org/> También comienzan a consolidarse iniciativas en la comunidad jurídica internacional que persiguen reforzar y promover el papel de este tribunal en la protección de los derechos humanos en África. Véase el ARC Project, creado por Gillian Higgins, abogada especialista en derecho penal internacional y miembro del International Law Bureau. Entre los objetivos de este proyecto pueden destacarse la difusión de la jurisprudencia del tribunal, propuestas de reforma así como el asesoramiento a abogados y juristas que trabajen en la Corte. Véase la carta de la Directora, Gillian Higgins, acerca de la importancia de la promoción de este tribunal. HIGGINS, G., "Why does promotion of the AfCHPR matter?", en ARCProject, 9 de enero de 2012. Disponible <http://arcproject.co.uk/?p=1364>. Consultado el 22/10/2013.

La presión de la comunidad internacional en la región asiática para la creación de un sistema regional de protección de los derechos humanos logró que en 2007, la Asociación de las Naciones del Sureste Asiático (ASEAN) aprobara una Carta que no entraría en vigor hasta el 21 de octubre de 2008, tras la ratificación del último de los diez Estados parte, Indonesia⁸⁴. Tal y como afirma Sarkin, la aprobación de esta Carta representa un primer paso hacia el establecimiento de un sistema regional de protección de los derechos humanos en Asia⁸⁵. Esta Carta enfatiza en su preámbulo la importancia del respeto a la soberanía nacional y los valores de democracia, seguridad y cooperación en la región, y, aunque reconoce en su artículo 1.7 que uno de los objetivos de esta Asociación es la promoción y el respeto a los derechos humanos, no desarrolla el contenido de los mismos. Se trata pues, de un instrumento meramente constitutivo de la Asociación en el que se detallan los objetivos, normas de funcionamiento y principios inspiradores de la misma. El artículo 14 afirma que ASEAN establecerá un órgano de derechos humanos⁸⁶. En estos momentos, el foco está puesto sobre el borrador de Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN. Este primer borrador, que consta de cinco páginas, fue completado en junio de 2012 en Burma tras un largo período de negociaciones y fue aprobado en el “21st Asean Summit” celebrado en noviembre de 2012⁸⁷. Aunque es pronto para juzgar este instrumento, las voces críticas coinciden en denunciar el hecho de que las recomendaciones y sugerencias de las organizaciones locales de la sociedad civil han sido ignoradas por completo durante su redacción⁸⁸.

⁸⁴ Los Estados miembros de esta Asociación son Brunei, Camboya, Indonesia, la República de Laos, Malasia, Myanmar, la República de Filipinas, la República de Singapur, el Reino de Tailandia y la República Socialista de Vietnam.

⁸⁵ SARKIN J., “The role of regional systems in enforcing state human rights compliance... *op. cit.* p. 208. La inauguración en 2009 de la Comisión intergubernamental sobre derechos humanos de ASEAN en 2009 confirma esta dirección. Consúltense aquí los avances de esta organización.

Para profundizar acerca de la tendencia en la evolución de los derechos humanos en los países asiáticos véase BEWICKE, A., “Asian developments in access to counsel: a comparative study”, *Northwestern University Journal of International Human Rights*, vol. 10, núm. 27, otoño, 2011 pp. 27-53 y YUNG-MING, Y., “The Formation of the Asean Intergovernmental Commission on Human Rights: A Protracted Journey”, *Journal of Human Rights*, vol. 10, 2011, pp. 393-413.

⁸⁶ “In conformity with the purposes and principles of the ASEAN Charter relating to the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms, ASEAN shall establish a human rights body”. ASEAN Charter (artículo 14.1).

⁸⁷ RAFIN, R., “ASEAN adopts Human Rights Declaration”, en *ilawyerblog*, 19 de noviembre de 2012, consultado el 7/10/2013. El texto de la Declaración puede consultarse aquí. Los derechos de seguridad jurídica están fundamentalmente articulados en el principio 20, que reconoce el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a un juicio justo, el principio de legalidad y el *non bis in ídem*. El principio 4, por otro lado, articula el derecho a un remedio efectivo en caso de violación de los derechos.

⁸⁸ CHINGKITTAVORN, K., “Asean’s Tricky Human Rights Charter” en *The Irrawaddy*, 18 de junio 2012 Consultado el 23/10/2013; ABBAS, H., *The long road to ASEAN rights charter* en *The Jakarta Post*, 23 de mayo 2012. Consultado el 23/10/2012.

En el ámbito regional islámico, el sistema de protección de los derechos humanos se apoya, pero no se limita a la **Declaración de los Derechos Humanos en el Islam o Declaración del Cairo**⁸⁹.

El derecho al debido proceso aparece, desde sus orígenes, en el Derecho Islámico o Sharia. El Corán ya hace referencia al mismo en algunos de sus versos:

*ṣūrat al-Nisā: Behold, God bids you to deliver all that you have been entrusted with unto those who are entitled thereto, and whenever you judge do so with justice. Verily, most excellent is what God exhorts you to do: verily God is all-hearing, all-seeing! (4:58)*⁹⁰

Por controvertida que pueda resultar esta afirmación y su subsiguiente apoyo en un texto religioso, la cristalización de un marco de derecho internacional verdaderamente universal pasa por escuchar los argumentos de la doctrina que, en este ámbito, ha defendido la existencia de un reconocimiento de los derechos de seguridad jurídica absolutamente respetuoso con los estándares fijados por los instrumentos internacionales de referencia analizados (la DUDH y el PIDCP)⁹¹. Así, académicos como Abul Ala al-Mawdudi, perteneciente a una escuela tradicionalista-fundamentalista, han defendido las garantías procesales utilizando la Sharia como fuente principal de su razonamiento jurídico. Siguiendo la clásica exposición argumentativa de los juristas islámicos, este autor utiliza las enseñanzas del Profeta a través de sus experiencias para construir su tesis y aboga por el “derecho a un juicio con todas las garantías” en sentido amplio, sin entrar en detalle en torno al contenido exacto del mismo⁹².

⁸⁹ Aprobada en la 19ª Conferencia Islámica de 5 de Agosto de 1990, de la que forman parte 57 Estados. Entró en vigor el 15 de marzo de 2008, una vez estuvo ratificada por un número suficiente de Estados (7/22). Consúltase aquí.

⁹⁰ “La Sharia requiere la adhesión a los ideales de justicia equitativa e imparcial basada en el proceso debido y en los requisitos probatorios, necesarios para proteger al inocente y garantizar la integridad del sistema legal”. BASSIOUNI, C., *The Sharia, Islamic Law and Post-Conflict Justice*, documento elaborado para el 10th ISISC Course en Siracusa, mayo de 2011, pp. 32-38. Traducción de la autora.

⁹¹ Para una aproximación al complejo tema de los derechos humanos en el Islam, véase AN-NA’IM, A., *Islam And Human Rights: Collected Essays*, Mashood A. Baderin ed., Surrey, Reino Unido, Ashgate, 2010; ABIAD, N., *Sharia, Muslim States and International Human Rights Treaty Obligations: A Comparative Study*, Londres, Reino Unido, British Institute for International and Comparative Law, 2008; ABED AL-JABRI, M., *Democracy, Human Rights, and Law in Islamic Thought*, Londres, Reino Unido, I.B. Tauris, 2008; BADERIN, M., *International Human Rights and Islamic Law*, Oxford, UK: Oxford University Press, 2005; FADEL, M., “Public Reason as a Strategy for Principled Reconciliation: The Case of Islamic Law and International Human Rights Law”, *CHI. J. INT’L L.*, vol. 8, núm. 1, 2007, entre otros, citados en BASSIOUNI, C., *The Sharia, Islamic Law and Post-Conflict Justice*, documento elaborado para el 10th ISISC Course en Siracusa, mayo 2011.

⁹² “El Islam también ha establecido el principio de que ningún ciudadano puede ser encarcelado salvo que su culpabilidad haya sido probada en un juicio público. La detención de un hombre basada exclusivamente en la sospecha y su encarcelación prescindiendo del procedimiento judicial adecuado sin otorgarle la posibilidad de defenderse no está permitido en el Islam. El Hadith recoge que una vez el Profeta estaba dando un sermón en una Mezquita cuando un hombre se levantó y dijo: “Oh Profeta de Dios, ¿por qué crímenes se ha arrestado a

No obstante, es necesario hacer referencia aquí, de manera muy sucinta, al importante papel que juega la relación que existe en el Islam entre el individuo y el Estado en la manera de concebir las garantías procesales. La separación entre el individuo y el Estado, característica básica de los modelos políticos occidentales, no existe en el entorno islámico⁹³. La consecuencia principal de la vigencia de esta construcción política es que, en tanto que el individuo no está “enfrentado” al Estado sino que forma parte del mismo, no hay, aparentemente, necesidad de delimitar los derechos individuales en contraposición al Estado⁹⁴. Por consiguiente, si queremos averiguar cuál es el alcance de lo que conocemos como derechos de seguridad jurídica, la pregunta que debemos formularnos, según el experto internacionalista de origen egipcio y Presidente del ISISC, Cherif Bassiouni, es: ¿qué estándares cualitativos se requieren en la administración de justicia⁹⁵?

mis vecinos? El Profeta escuchó la pregunta y continuó el sermón. El hombre se levantó de nuevo y repitió la pregunta. El Profeta continuó sin responder y prosiguió su sermón. El hombre se levantó por tercera vez y repitió una vez más la pregunta. Entonces el Profeta ordenó liberar a sus vecinos. El motivo por el que el Profeta guardaba silencio era que el oficial de policía estaba presente en la Mezquita y si hubieran existido razones legítimas para la detención de sus vecinos, se habría levantado a explicar su posición. En tanto que el oficial de policía no proporcionó razones para la detención, el Profeta ordenó la puesta en libertad de estas personas. El oficial de policía conocía la ley islámica y no se levantó a afirmar que: “la administración es conocedora de los cargos contra las personas detenidas, pero no pueden ser revelados públicamente. Si el Profeta me interrogara sobre ello en privado, yo le iluminaría (...). Esa es la razón por la que el Califa Omar dijo: “En el Islam nadie puede ser encarcelado salvo en aplicación de la justicia”. Es evidente que con las palabras utilizadas aquí se está haciendo referencia al derecho al debido proceso. Lo que se ha prohibido y condenado es que un hombre sea detenido y encarcelado sin pruebas de su culpabilidad y sin darle la oportunidad de defenderse contra los cargos que se le imputan en un juicio público”. ALA MAWDUDI, A., *Human Rights in Islam*, Leicester, Reino Unido, The Islamic Foundation, 1976, p.25. Disponible en http://books.google.es/books?id=RUJWdCOMmxoC&printsec=frontcover&dq=ABUL+A%27L+A+MAWDUDI,+HUMAN+RIGHTS+IN+ISLAM+%28Leicester,+UK:+The+Islamic+Foundation,+1976%29&hl=en&sa=X&ei=BRaQT43NDMyLhQfH2e2UBA&redir_esc=y - v=onepage&q&f=false Consultado el 7/10/2013. Traducción de la autora.

⁹³ Abordar la complejísima cuestión de la presencia de la religión en las normas que regulan las sociedad islámicas excede el ámbito de esta investigación. Sin embargo, es interesante destacar el surgimiento de iniciativas de educación y promoción de los derechos humanos desde perspectivas o estructuras impensables en la secularizada sociedad occidental. En este sentido, la Universidad de Mofid en Irán llevó a cabo recientemente una intervención en la que a través de una clínica jurídica ofreció formación en derechos humanos a 90 imanes con gran influencia en sus respectivas sociedades. El traslado de conocimientos se enfocó desde las conexiones entre los conceptos de derechos humanos y las enseñanzas islámicas acerca de derechos humanos. A través de la identificación de los imanes como elementos de influencia clave en estas sociedades, este proyecto piloto aboga por impulsar su liderazgo como promotores de los derechos humanos con el fin de que sirvan de canales de comunicación entre los activistas de derechos humanos, juristas y trabajadores sociales. ERFANI NASAB, A., MAHDI MEGHADADI, “Muslim clerics and leadership in human rights education in Muslim societies”, *Procedia- Social and Behavioral Sciences*, vol. 31, 2012, pp. 275-279, Elsevier Ltd, 2011.

⁹⁴ Véase para un desarrollo exhaustivo de los fundamentos de la construcción política y social en el Islam: AZZAM, A.A.R., *The eternal message of Mohammed*, Caesar E. Farah, trans., New York, NY, 1964.

⁹⁵ BASSIOUNI, C., *The Sharia, Islamic Law and Post-Conflict Justice*, documento elaborado para el 10th ISISC Course en Siracusa, mayo 2011, p.38.

A su vez, prosigue este autor, estos estándares dependen de los fines del sistema, que son averiguar la verdad, determinar la responsabilidad del acusado, indemnizar a la víctima y la reparación social. El hecho de que estos fines no estén limitados al ámbito procesal sino que incluyan objetivos materiales (que sean tanto fines de medio como de resultado) es una diferencia con los sistemas occidentales que dificulta la comprensión del rol que los derechos tienen atribuido en el ordenamiento jurídico islámico. En este sentido, la tensión existente en relación a la categoría de los crímenes Tazir⁹⁶ debe ser traída a colación. La interpretación tradicional de la Sharía permite al legislador o al juez imponer el castigo discrecionalmente para los delitos que puedan ser subsumidos dentro de esta categoría⁹⁷. Sin embargo, proliferan ejemplos prácticos en los que los Estados islámicos han limitado el alcance de la inseguridad jurídica que deriva de este precepto mediante la intervención codificadora. Así, en los Emiratos Árabes se ha restringido el uso de los crímenes Tazir a aquellos recogidos en la Ley Federal. La extensa enumeración de los actos que pueden ser constitutivos de crímenes Tazir así como sus penas mínimas y máximas en el código penal iraní responde a la misma voluntad de posibilitar la seguridad jurídica limitando el margen de discrecionalidad del juez.

A pesar de que, como se ha analizado, el sistema jurídico islámico tiene la capacidad de garantizar el respeto a los estándares de derechos de seguridad jurídica recogidos en el citado artículo 14 del PIDCP, las referidas diferencias en la propia configuración del sistema político motivaron, en los años 90, la aprobación de la Declaración de El Cairo. Esta iniciativa reflejaba un intento, por parte de los Estados islámicos, de plasmar su manera de entender los derechos humanos⁹⁸. En el ámbito de los derechos que nos conciernen, las

⁹⁶ El Derecho Penal Islámico está compuesto por tres categorías de normas reguladoras de los distintos delitos: hudud, qisas y tazir. El primer grupo incluye entre 5-7 tipos y las penas aparejadas a los mismos son fijas. Hudud significa “los límites prescritos por Dios”; el segundo grupo incluye el homicidio y el atentado contra la integridad física con resultado próximo a la muerte. Qisas quiere decir “represalia justa” y la pena para estos crímenes es la venganza o la compensación; el tercer grupo, tazir, es una categoría residual en tanto que aquellas acciones consideradas destructivas del orden público o pecaminosas pueden ser subsumidas aquí. Para un mayor desarrollo de las categorías de crímenes en el derecho penal islámico véase CAMMACK, M., “Islamic Law and Crime in Contemporary Courts”, *Berkeley Journal of Middle East and Islamic Law*, vol. 4, núm. 1, 2011.

⁹⁷ AL-MISRI, A.I.N., *The Reliance of the Traveller* (“Umdat al-salik wa ‘uddat al-nasik.- The Reliance of the Traveller and Tools of the Worshipper), traducción de Nuh Ha Mim Keller, Amana Publ., edición revisada, 1994, p. 619, citado en BOHLANDER, M. y HEDAYATI-KAKHKI, M.M., “Criminal Justice under Shari’ah in the 21st Century-An Inter-Cultural View”, *Arab Law Quaterly*, vol. 23 2009, pp. 417-436, p. 429.

⁹⁸ Es importante poner de manifiesto que algunos aspectos de este instrumento han sido denunciados en tanto que incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, la entonces Alta Comisionada para los Derechos Humanos, Louise Arbor, en una nota de prensa tras la entrada en vigor de esta Declaración afirmó que cuestiones como la pena de muerte, los derechos de las mujeres y de los extranjeros y la consideración de zionismo como un tipo de racismo, son incompatibles con los estándares internacional de derechos humanos que defienden las Naciones Unidas. ARBOUR, L., “Human Rights on the entry into force of the Arab Chartes on Human Rights”, NU, Comunicado de prensa de 30 de enero de 2008.

Disponible <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/6C211162E43235FAC12573E00056E19D?opendocument>. Consultado el 23/10/2013.

diferencias con el modelo occidental se enmarcan más en el ámbito de la fundamentación que del contenido⁹⁹.

Por otra parte, el proyecto del Estatuto regulador del Tribunal Islámico Internacional de Justicia, cuya creación se propuso en 1987, recoge en su artículo 40, el derecho a la doble instancia con ciertas limitaciones temporales y de exigencia de nueva prueba. La creación de este Tribunal, que pretendía ser un órgano de resolución de conflictos entre Estados islámicos en aplicación de la Sharia, quedó en un mero intento, ya que el citado Estatuto no llegó a entrar en vigor debido a la falta de ratificación de los dos tercios de los miembros de la Organización para la Cooperación Islámica requeridos. No obstante, su valor como instrumento que refleja la existencia de una tendencia hacia la positivación del Derecho Islámico y de los derechos de seguridad jurídica no debe ser infravalorado¹⁰⁰.

Por último, conviene hacer referencia a una de las herramientas potencialmente más modernizadoras del derecho islámico: el *ijtihad* o aplicación de la analogía a los principios contenidos en el Corán o en las enseñanzas del Profeta (Hadith). Existen, no obstante, divergencias en la consideración de este principio entre las dos ramas del Islam. Mientras los suníes aceptan este método como una fuente válida del derecho, los chiítas abogan por una interpretación más literal de los textos sagrados¹⁰¹. Los

⁹⁹ Véanse los artículos 19 y 20 de la Declaración, traducción de la autora:

“Artículo 19:

(a) Todas las personas son iguales ante la ley, sin distinción entre el gobernante y el gobernado.

(b) Todos tienen garantizado el derecho de acceso a la justicia.

(c) La responsabilidad es esencialmente personal.

(d) No habrá crimen ni castigo salvo lo dispuesto en la Sharía.

(e) El acusado es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad mediante un juicio justo en el que goce de todas las garantías de defensa.

Artículo 20:

No se permite la detención, restricción de la libertad, exilio o castigo de un individuo sin una razón legítima para ello. No está permitida la tortura, física o psicológica o cualquier tipo de humillación, crueldad o trato indigno. Tampoco está permitido someter a nadie a experimentos médicos o científicos sin su consentimiento o si entrañan riesgos para su salud o vida. Tampoco está permitido promulgar leyes de emergencia que otorguen autoridad ejecutiva para estas acciones”.

¹⁰⁰ Para un análisis sobre el origen y los posibles efectos que podría tener la puesta en funcionamiento de este Tribunal de arreglo de controversias entre los Estados Islámicos véase LOMBARDINI, M., “The international islamic court of justice: Towards an international islamic legal system?”, *Leiden Journal of International Law*, 2001, vol. 14, núm. 3, p. 665.

¹⁰¹ BOHLANDER, M. y HEDAYATI-KAKHKI, M.M., “Criminal Justice under Shari’ah...op cit., p. 422 (traducción de la autora): “En los círculos académicos chiítas, las líneas divisorias se dibujan entre los proponentes de la Sharía estática (FIQ-e sonnati) y los que proponen una jurisprudencia dinámica (fiqh-e pouya). Los primeros creen que sólo los principios y normas establecidos en los textos religiosos son aplicables a los musulmanes en el mundo moderno, sin tener en cuenta la evolución posterior de la ciencia, la sociedad o la tecnología (...). Por el contrario, los académicos “dinámicos” creen que hay más margen de maniobra para la interpretación de los textos religiosos como respuesta a las condiciones sociales (...). Nótese aquí que existen numerosas escuelas de interpretación del Corán, no existiendo para los musulmanes la obligación de adscribirse a una u otra, a pesar de que hay Estados como Irán que

detractores del *ijtihad* argumentan que el uso de este método introduce inseguridad al derecho islámico. Sin embargo, los profesores Bohlander y Hedayati-Kakhki evidencian, a través de ejemplos prácticos, que incluso en Estados como Irán, la interpretación estrictamente literal de la Sharía resulta ser algo selectivo y condicionado a la existencia de intereses políticos. Así, en el caso de la pena de amputación por robo, los requisitos para su aplicación se han regulado de manera tan extensa que evitan, en la práctica, su aplicación¹⁰². Tras analizar la aplicación y el origen del *ijtihad* y constatar su antigüedad y consolidación como técnica interpretativa del derecho islámico, estos autores llegan a la conclusión de que la brecha existente entre el derecho islámico y los derechos humanos no responde a la inexistencia de mecanismos dentro del derecho islámico para llevar a cabo esta modernización con respeto a los principios recogidos en la Sharía, sino a una falta de voluntad política, concepto para cuya comprensión no existe, desafortunadamente, una barrera cultural, especialmente en los tiempos actuales, en los que Europa, antaño adalid de la defensa de los derechos humanos, ha decidido emprender el camino de la eliminación, *de facto*, de los derechos, en cumplimiento de las órdenes dictadas por el mercado financiero¹⁰³:

“Por consiguiente, la única barrera a la modernización del derecho islámico y a su mayor adaptación a los estándares internacional de derechos humanos es la falta de voluntad política para iniciar estos cambios¹⁰⁴”.

A pesar de que como se ha expuesto, comienzan a multiplicarse las voces en la doctrina islámica que defienden la compatibilidad del marco jurídico que ofrece este sistema jurídico con el derecho internacional y en particular con el respeto a los derechos humanos, es incuestionable que se trata de un debate en plena ebullición. No obstante, los cada vez más frecuentes indicios de acercamiento representan una importante fuente de esperanza para la idea de la incorporación de la Sharía al derecho internacional. Esta tendencia incluyente está movida por dos fuerzas: el creciente interés de los juristas de tradición occidental por conocer e incorporar otros sistemas jurídicos al derecho internacional, en la creencia de que la verdadera universalidad solo puede ser

establecen constitucionalmente la obligación de seguir una determinada escuela para la interpretación del derecho.

¹⁰² *Id.*, p. 425: “En tanto que esta interpretación de la Sharía se realizó claramente a través de la *ijtihad/ijma*, rechazar su aplicación práctica en otras áreas resulta contradictorio por parte de los académicos y representantes del gobierno islámico. Es evidente que están dispuestos a hacer uso de estas técnicas a través del *zarurat* o *maslahah* cuando fuere necesario por motivos políticos o sociales, pero se muestran reacios a llevar a cabo reformas en otras áreas criticadas por la incompatibilidad con los derechos humanos”. Traducción de la autora. Estos términos se refieren a dos decretos religiosos que permiten la modificación de la Sharía cuando existe una aparente de necesidad de acción. La primera quiere decir necesidad y la segunda, conveniencia.

¹⁰³ Se hace referencia aquí al desmantelamiento del Estado del bienestar con la consiguiente abolición de los derechos de sanidad o educación inherentes al mismo, por poner un ejemplo de actualidad. Sin embargo, como se verá en el capítulo III, la violación de derechos humanos en Europa no se circunscribe a este ámbito sino que afecta también a derechos personalísimos como el derecho a la vida, a la integridad física y moral.

¹⁰⁴ BOHLANDER, M. y HEDAYATI-KAKHKI, M.M., “Criminal Justice under Shari’ah...*op cit.*”, p. 426. Traducción de la autora.

alcanzada mediante el acercamiento real y el consenso¹⁰⁵ y la batalla por la positivación del derecho islámico que están librando, en este entorno, los académicos de nueva generación, en tanto que entienden que se acabaría así con uno de los mayores problemas de legitimidad a los que se enfrenta este sistema: la ausencia de seguridad jurídica¹⁰⁶.

1.2. Derechos de seguridad jurídica con variaciones en los niveles de protección

Junto a los derechos analizados, siguiendo la estructura escogida en base a la regulación de los derechos de seguridad jurídica en el ámbito de los tribunales internacionales, existe otro grupo de derechos cuya distinta regulación en los diversos tribunales auspiciados por las Naciones Unidas, es una característica que puede interpretarse, *a priori*, como potencialmente creadora de desniveles en relación a las garantías procesales.

Entre los derechos de seguridad jurídica cuya protección presenta mayores variaciones de un Tribunal a otro, debe destacarse el derecho a estar presente o a verse representado en el proceso¹⁰⁷.

¹⁰⁵ ELEWA BADAR, M., "Islamic Law (Shari'a) and the Jurisdiction of the International Criminal Court", *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, 2011, pp. 207-429. En este artículo, el autor defiende la inclusión del derecho islámico en los sistemas jurídicos en los que se inspira la CPI para la aplicación de los principios generales del derecho. Argumenta que la jurisdicción de un Tribunal con aspiración de universalidad puede ver amenazada su legitimidad si continúa, como hasta ahora, limitándose a considerar los valores occidentales como fuente de inspiración en la interpretación y aplicación del derecho internacional. Asimismo, sostiene que los principios del derecho islámico son perfectamente compatibles con los derechos de seguridad jurídica, en tanto que aglutinadores del principio de legalidad y la presunción de inocencia (pp. 419-422). A pesar de las discrepancias entre las escuelas en torno a los delitos incluidos en cada categoría, se puede afirmar la existencia de una clara división entre los delitos hudud (cuyos tipos y sanciones positivizados en el Corán o en los sunna) y delitos *ta'azir* (cuyos tipos y sanciones sujetos a los poderes discrecionales del juez) para reflejar que en el caso de los primeros, la rigidez y respeto a estos principios es mucho mayor, mientras que en el segundo caso, algunas escuelas sostienen que otorga unos poderes discrecionales al *khalifa* (gobernador/autoridad) y al *qadi* (juez) en torno a los hechos que deben ser castigados y en relación al castigo a imponer. Es por este motivo por el que los delitos *ta'azir* han sido considerados por los juristas de tradiciones occidentales como vulneradores del principio de legalidad. Mientras la doctrina islámica ha defendido esta discrecionalidad argumentando que la misma equilibra el principio de legalidad, este autor sostiene que no hay nada en las fuentes primarias del derecho islámico que exima a estos delitos del respeto al principio de legalidad. Más aún, castigar como delitos *ta'azir* aquellos actos constitutivos de *hudud* que no cumplan con los requisitos procesales del primero constituiría una violación del derecho islámico.

¹⁰⁶ Sin embargo, esta tendencia todavía no ha conseguido cristalizar en los organismos internacionales que siguen siendo reacios a concebir un ordenamiento jurídico en el que las fuentes sean religiosas. Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 32, párrafo 24. En referencia a los tribunales religiosos: "Debe velarse por que tales tribunales no estén facultados para dictar fallos vinculantes reconocibles por el Estado a menos que se satisfagan los siguientes requisitos: que los procedimientos ante dichos tribunales se limiten a asuntos civiles y penales menores, que se reúnan los requisitos básicos de un juicio imparcial y otras garantías pertinentes del Pacto, y que sus fallos sean validados por tribunales estatales y puedan ser recurridos por las partes interesadas en un proceso que cumpla lo dispuesto en el artículo 14 del Pacto".

¹⁰⁷ Para profundizar acerca de la configuración de los estándares mínimos de los derechos del proceso en el ámbito de los tribunales internacionales, véase BEKOU, O., "Rule 11 bis: an

El Estatuto del Tribunal de Núremberg reconocía la posibilidad de celebrar juicios *in absentia* sin especificar si los mismos serían revisables¹⁰⁸.

Así, mientras los Estatutos de la Corte Penal Internacional¹⁰⁹, del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y del Tribunal Especial para Sierra Leona¹¹⁰, reproducen el reconocimiento del derecho a estar presente en el juicio regulado en el artículo 14.3 del PIDCP¹¹¹, el recientemente creado Tribunal Especial para el Líbano reconoce la posibilidad de celebrar juicios *in absentia* en sus Reglas de Procedimiento y Prueba¹¹². El conflicto que este reconocimiento plantea con el derecho al debido proceso se salva, a través de la regulación de la posibilidad de repetir el juicio en presencia del acusado (y procesado *in absentia*) con un abogado de su elección¹¹³. Esto ha cuestionado, a nivel internacional, la concepción del juicio *in absentia* como vulneradora del derecho al debido

examination of the process of referral to national courts in the ICTY jurisprudence”, *Fordham International Law Journal*, núm. 723, 2009-2010, pp. 48-65, p.33.

¹⁰⁸ Artículo 12, Carta de Londres del Tribunal Militar Internacional.

¹⁰⁹ Artículo 63, en su apartado 1 establece que “El acusado estará presente durante el juicio”.

¹¹⁰ Artículo 67(1) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; Artículo 21(4) d del Estatuto del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia; Artículo 20(4) d del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda; Artículo 17(4) d del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona.

¹¹¹ El artículo 14.3.d del PIDCP reconoce el derecho del acusado a “hallarse presente el proceso”. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha reconocido que los juicios *in absentia* son aceptables cuando el acusado ha sido avisado con antelación suficiente y se le haya dado oportunidad de personarse en el proceso. En este sentido, en el caso *Monguya Mbenge c. Zaire* (Comité de Derechos Humanos, Comunicación núm.16/77 de 25 de marzo 1983), el Comité reconoció que: “Esta disposición (artículo 14.3) y otros requisitos del debido proceso comprendidos en el artículo 14 no pueden ser interpretados como comprensivos de una prohibición absoluta de los procedimientos *in absentia*, independientemente de las razones de la ausencia del acusado (...). El Comité reconoce que tiene que haber un límite a los esfuerzos que se pueden esperar de las autoridades competentes para contactar al acusado”. Traducción de la autora.

¹¹² La aparente incompatibilidad entre juicio *in absentia* y el respeto al debido proceso queda resuelta a través del artículo 23 (3) del Estatuto del Tribunal que, en caso de juicio *in absentia*, reconoce al acusado la posibilidad de volver a ser juzgado con todas las garantías, suponiendo que no haya podido elegir a su abogado. Así lo ha confirmado la Sala de Apelaciones de este tribunal en una sentencia que resolvía el recurso presentado por la defensa que impugnaba la celebración del juicio *in absentia*: “Los acusados tienen derecho a conocer los cargos que se les imputan y se les tiene que ofrecer el derecho a participar en el juicio antes de que se decida proseguir en su ausencia. Sobre esta base, se sostiene que las únicas cuestiones que pueden ser objeto de recurso son aquellas relacionadas con la correcta notificación al acusado del procedimiento abierto contra él. Concluimos que el Tribunal aplicó el estándar adecuado para la notificación. Por consiguiente, se rechaza el recurso”. Tribunal Especial para el Líbano, Fiscal c. Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hussein Hassan Oneissi y Assad Hassan Sabra, Sentencia que resuelve el recurso de apelación presentado por la defensa contra la decisión del Tribunal sobre el juicio *in absentia* de 1 de noviembre de 2012, caso núm. STL-11-01/PT/AC/AR126.1, párr. 2. Traducción de la autora.

¹¹³ Artículos 22 y 23 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial para el Líbano.

proceso, que ya encontraba pocos apoyos a nivel regional y que es rechazado también desde algunos sectores de la doctrina¹¹⁴.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado reiteradamente que los juicios *in absentia* no son, *per se*, incompatibles con el artículo 6 CEDH, siempre y cuando se garantice la posibilidad de obtener un pronunciamiento posterior¹¹⁵, a menos que hubiera tenido la intención inequívoca de sustraerse de la justicia¹¹⁶ o hubiera renunciado voluntariamente y con las garantías procedentes, al derecho a participar en el proceso¹¹⁷.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8, reconoce a toda persona el derecho “a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. El análisis pormenorizado de la compatibilidad de la formulación del derecho a ser oído en este instrumento con el juicio *in absentia*, excede el ámbito de la presente investigación. No obstante, debe al menos afirmarse que en este instrumento no puede encontrarse una prohibición expresa de la celebración de dichos juicios, ni se desprende de su articulado una conexión directa entre la materialización de este tipo de procesos y la vulneración del derecho a ser oído.

Entre los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, el derecho a estar presente en el juicio se recoge en el artículo 14 del PICT, como se ha referido más arriba.

Otro derecho que presenta variaciones en lo que se refiere a los niveles de protección, es el derecho a la doble instancia. Tras la Segunda Guerra Mundial, el ya conculcado como precursor de la jurisdicción penal internacional, el Tribunal de Núremberg, negó el derecho a la doble instancia a aquellas personas que hubieran resultado condenadas¹¹⁸. A día de hoy, la regulación de su alcance y contenido sigue suscitando conflictos entre la regulación internacional y la regulación europea en el marco de los derechos de seguridad jurídica.

Así, la contradicción entre el artículo 2 del Protocolo 7 del CEDH, que regula excepciones a la doble instancia en el caso de que “el interesado haya sido juzgado en primera instancia por un tribunal superior o haya sido declarado

¹¹⁴BROWN, D.J., “The International Criminal Court and the Trial in Absentia”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 24, 1999, pp. 763-796.

¹¹⁵ TEDH, Asunto Einhorn c. Francia, sentencia de 16 de octubre de 2001, solicitud núm. 71555/01, párr. 33 y TEDH, Asunto Krombach c. Francia, sentencia de 13 de febrero de 2001, solicitud núm. 29731/96, párr. 85.

¹¹⁶ TEDH, Asunto Kwiatkowska c. Italia (dic.), sentencia de 30 de noviembre de 2000, solicitud núm. 52868/99; TEDH, Asunto Medenica c. Suiza, sentencia de 14 de junio de 2001, solicitud núm. 2049/92, párr. 55.

¹¹⁷ TEDH, Asunto Poitrimol c. Francia, sentencia de 23 de noviembre de 1993, solicitud núm. 14032/88, párr. 31, apartado 86.

¹¹⁸ Artículo 26, Carta de Londres del Tribunal Militar Internacional.

culpable y condenado después de un recurso contra su absolución¹¹⁹” y el artículo 14.5 del PIDCP, ha dado lugar a pronunciamientos jurisprudenciales acerca de la primacía del derecho internacional sobre regulaciones regionales de protección de derechos humanos y sobre el principio de derecho internacional según el cual, en caso de conflicto, la mayor protección prevalece siempre¹²⁰.

En particular, se trata aquí la cuestión del contenido y alcance del derecho a la doble instancia. En los casos de revocación de una sentencia absolutoria por parte de un tribunal de apelación, los pronunciamientos de la jurisprudencia internacional en torno al derecho del ahora condenado a una revisión, han sido tildados de contradictorios por parte de la doctrina¹²¹.

A nivel internacional, el citado artículo 14 del Pacto reconoce el derecho a la doble instancia. Esta polémica cuestión se aborda también en la Observación General 32 del Comité de Derechos Humanos, en la que se especifica que se trata de un derecho que incluye el derecho a revisión, tanto cuando el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia¹²², como cuando se trata de una condena impuesta en apelación a una persona absuelta en primera instancia. Además, se considera que el examen de las alegaciones y pruebas presentadas ante un tribunal de instancia superior, sin practicar juicio, no

¹¹⁹ Protocolo número 7 al Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

¹²⁰ TPIY, Fiscal c. Mile Mrksic y Veselin Sljivancanin, Sala de Apelación, caso núm. IT-95-13/1-A, sentencia de 5 de mayo de 2009. Esta sentencia revoca, en segunda instancia, una sentencia absolutoria dictada en favor de los acusados. En su opinión particular, el Juez Pocar reitera su posición acerca del contenido del derecho a la doble instancia. Sostiene que el Tribunal de Apelación no está legitimado para imponer una condena mayor a aquella impuesta por el Tribunal de primera instancia. En cuanto al aparente conflicto entre la regulación europea, cuya ratificación por los Estados ha sido interpretada como expresiva de que el artículo 14 (5) del PIDCP no tenía eficacia vinculante que impidiera que los Estados establecieran excepciones a la obligación de garantizar la doble instancia, y el artículo 14 (5) del PIDCP, Pocar subraya que las diferencias entre ambos sistemas se derivan de la existencia de dos niveles de protección distintos y se explican por los distintos mecanismos de imposición de estos instrumentos. Al ratificar el CEDH, los Estados aceptan la jurisdicción vinculante del TEDH. De esto no se puede deducir que los Estados que han ratificado el CEDH reconocen estos derechos de manera limitada, sino que solo aceptan la jurisdicción del TEDH hasta un límite en relación a estos derechos. En esta opinión también se recuerda el citado principio de derecho internacional que aboga por que prevalezca la mayor protección de los derechos humanos en caso de conflicto.

¹²¹ BING BING, J., “The Right of Appeal in the Proceedings Before the ICTY and ICTR”, en Gabriella Venturini y Stefania Bariatti (eds.), Liber Fausto Pocar. *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 425. En el caso Rutaganda, los jueces Meron y Jorda afirmaron, en sus opiniones separadas, que la imposibilidad de recurrir una sentencia condenatoria dictada en apelación por primera vez viola, con bastante probabilidad el principio de justicia (fundamental principle of fairness) reconocido en los sistemas nacionales e internacionales. TPIR, Fiscal c. Rutaganda, Sala de Apelación, caso núm. ICTR-96-3-A, sentencia de 26 de mayo de 2003, Opinión Separada de los jueces Meron and Jorda, p. 170. Esta cuestión, requiere un pronunciamiento por parte de los tribunales de apelación que unifique el criterio, hecho que no se ha producido aún.

¹²² El Comité ha reiterado esta postura en repetidas ocasiones, afirmando incluso que el derecho a una doble instancia se viola cuando tras una sentencia absolutoria en primera instancia, un tribunal superior dicta una sentencia condenatoria, contra la cual no se reconoce la posibilidad de recurso. Véase el caso Larrañaga c. Filipinas, Comité de Derechos Humanos, comunicación núm. 1421/2005 de 24 de julio de 2006, párrs. 7-8.

vulnera el derecho reconocido en este artículo¹²³. Sí se considera, en cambio, vulnerador de este derecho un sistema de revisión de penas que se aplique exclusivamente a aquellas que ya se han comenzado a ejecutar¹²⁴.

En lo referente a la indemnización por error judicial articulada en el apartado 3, la misma encuentra sus límites en el caso de que se demuestre que la no revelación del hecho desconocido es atribuible, total o parcialmente al acusado, recayendo sobre el Estado la carga de la prueba. Tampoco procede indemnización si el fallo condenatorio se anula en apelación¹²⁵.

El III Convenio de Ginebra incorpora también, en su artículo 106, este derecho en su regulación de los conflictos armados.

A nivel regional, es preciso acudir a la Carta Africana para encontrar una referencia expresa al derecho a la doble instancia¹²⁶, sin perjuicio de que, cómo se verá en el apartado siguiente, este derecho, junto a otros, se encuentra subsumido en el concepto de derecho al debido proceso que desarrollan todos los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos.

En tercer lugar, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas también puede incluirse en el grupo de derechos con variaciones en el nivel de protección. La adopción de la prisión provisional como medida cautelar para asegurar la comparecencia del acusado en el proceso penal internacional tiene graves consecuencias para los derechos del acusado cuando el proceso sufre dilaciones indebidas.

En este sentido, la posición mantenida por los Tribunales internacionales varía respecto a la postura del TEDH. En el primer caso, el propio reglamento del TPIY, en su artículo 65, decreta la detención preventiva por defecto y automática, sin necesidad de valoración de los motivos por parte del Juez de instrucción, una vez que el acusado llegue a la sede del tribunal. También llama la atención el hecho de que el Reglamento no establezca un límite máximo de duración de la detención. La cara práctica de esta regulación ha dado lugar a situaciones que han llegado a perpetuar la prisión provisional de los acusados durante 6 años¹²⁷.

¹²³ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 32, Doc NU. CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007 párrs. 45-51.

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ *Id.* párr. 53

¹²⁶ Artículo 7.1.a. de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: “1. Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica:

a) derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigente(...).”

¹²⁷ En el caso Momcilo Krajisnik, el acusado fue arrestado en Sarajevo el 3 de abril de 2000 y transferido a la Unidad de Detención del TPIY en la Haya ese mismo día. Su juicio no comenzó hasta el 4 de febrero de 2004 y hasta el 27 de septiembre de 2006 el Tribunal no dictó una sentencia condenatoria. TPIY, Fiscal c. Momcilo Krajisnik, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-00-39-O-T, sentencia de 27 de septiembre de 2006, párrs. 1206, 1212, 1213 y 1235. En un plano más actual, la excesiva duración del proceso en los casos de Lubanga en la CPI y de

Por su parte, el TEDH rebate la normalización de la prisión provisional que tiene lugar en el ámbito penal internacional, afirmando que el Estado debe analizar primero otras medidas alternativas para asegurar la comparecencia del acusado¹²⁸.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también rechaza la extensión indefinida de la prisión preventiva en tanto que vulneradora de los derechos humanos al referirse a la necesidad de respetar el límite del “plazo razonable¹²⁹”, contenido en el derecho internacional de los derechos humanos¹³⁰.

En cuanto a las causas de las demoras y sus soluciones, el Comité de Derechos Humanos ha prescrito la asignación de recursos presupuestarios complementarios suficientes a la administración de justicia cuando las dilaciones sean ocasionadas por una deficiencia crónica de financiación¹³¹.

También se ocupa de este derecho el referido artículo 14. En el ámbito europeo, el artículo 6 alude al derecho a un juicio “dentro de un plazo razonable”. La Carta Africana, incorpora a su artículo 7.d. este derecho en idénticos términos.

Por último, es preciso hacer alusión al derecho a disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa y a comunicarse con un defensor de su elección. Una de las críticas recurrentes de las que vienen siendo

Charles Taylor en la Corte Especial para Sierra Leona ya ha provocado las primeras críticas por parte de la opinión pública. Human Rights Watch, “DR Congo: Q&A on the first verdict at the International Criminal Court, 29 de febrero 2012. Disponible en <http://www.hrw.org/news/2012/02/29/dr-congo-qa-first-verdict-international-criminal-court>. Consultado el 24/10/2013.

¹²⁸ TEDH, Asunto Gasiorowski c. Poland, sentencia (méritos y reparación) de 17 de octubre 2006, solicitud núm. 7677/02, párrs. 54-59.

¹²⁹ CIDH, Caso Suárez Rosero c. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 77; CIDH, Caso Tibi c. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 180.

¹³⁰ En este sentido, resulta muy interesante la clarificadora distinción entre detención ilegítima y detención arbitraria realizada por García Falconi. Mientras en el primer caso, los criterios para determinar la concurrencia de una detención ilegítima son puramente formales (que se haya efectuado por causas establecidas en la ley) y materiales (que se haya llevado a cabo con arreglo a los procedimientos objetivamente definidos), en el caso de la detención arbitraria, ésta puede darse independientemente de que se respeten los mencionados criterios si concurren elementos de irracionalidad, imprevisibilidad o desproporción. En este sentido, tal y como se ha expuesto anteriormente, la jurisprudencia de la CIDH se muestra reacia a justificar la detención provisional que no esté fundamentada en el peligro de obstrucción de la justicia, descartando motivos como el peligro de reincidencia por considerarlos vulneradores de la presunción de inocencia. GARCÍA FALCONI, R., “Límites y alcance de la privación de libertad de acuerdo a la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos” en *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, AMBOS, K., MALARINO, E., y ELSNER G., (editores), Fundación Konrad-adenauer-stiftung e.v, Montevideo, 2010, pp. 341-347.

¹³¹ Véanse, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales, República Democrática del Congo, Doc. NU. CCPR/C/COD/CO/3 (2006), párr. 21, y República Centroafricana, Doc NU. CCPR/C/CAF/CO/2 (2006), párr. 16.

objeto los tribunales penales internacionales es la abismal diferencia que existe entre el tiempo del que disfruta la Fiscalía para llevar a cabo la investigación y la recopilación de las pruebas, que puede llegar a durar años, y los meses de los que dispone la defensa para preparar el caso.

Este reproche, en tanto que razonable, ha tenido como resultado una evolución en la configuración de este derecho. Así, el alcance y contenido del mismo han experimentado una notable evolución cuyos resultados pueden apreciarse, sobre todo, en las iniciativas que han marcado la regulación de la Corte Penal Internacional y de los tribunales de creación más reciente como el Tribunal Especial para el Líbano.

A través de la creación de la Oficina Pública de Defensa (OPD), encargada de proteger los derechos de la defensa durante las fases iniciales de la investigación, tras la formalización de la acusación y durante la detención, la Corte Penal Internacional ha intentado subsanar este desnivel¹³². Por su parte, el Tribunal Especial para el Líbano, inaugurado en marzo de 2009, es innovador en la creación de la Oficina de la Defensa como órgano independiente encargado de garantizar un juicio justo. Se trata de un órgano que no representa a los acusados en el juicio, función que corresponde al abogado nombrado a tal efecto¹³³.

La doctrina subraya la importancia que en este ámbito tienen las Audiencias Previas, en especial la Audiencia de confirmación de cargos, en tanto que permite a la defensa examinar y oponerse a las pruebas presentadas, así como preparar la defensa con tiempo suficiente¹³⁴.

El artículo 14 del Pacto alude también al derecho de defensa, cuyo significado se desarrolla por la citada Observación 32 del Comité de Derechos Humanos.

Este órgano también se enfrenta a la tarea de fijar los derechos de las personas acusadas de delitos. Detalla el contenido del derecho a ser informado sin demora de los cargos formulados contra ellas en tiempo (tan pronto como una autoridad competente formule la acusación contra una persona o la designe públicamente como sospechosa de haber cometido un delito) y en forma (verbalmente, siempre que más tarde se confirme por escrito). Estipula que los medios adecuados de los que debe disponer la defensa incluyen todos los materiales que la acusación tenga previsto presentar ante el acusado o que constituyan pruebas de descargo¹³⁵.

Se subraya también el carácter confidencial de las comunicaciones entre el abogado y el acusado¹³⁶ y se insiste en la extensión del derecho a ser juzgado sin

¹³² La regulación de esta Oficina se encuentra en la Regla 77 del Reglamento de la Corte Penal Internacional, aprobado el 26 de mayo de 2004, Doc: ICC-BD/-01-04.

¹³³ Las funciones de la Oficina de la Defensa se encuentran enumeradas en la norma 57 de las Normas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial para el Líbano.

¹³⁴ CHENIVESSE, P. y PIRANIO, C.J., "What price justice? On the evolving notion...*op cit.*, p. 412.

¹³⁵ Observación General 32, párr. 31.

¹³⁶ *Id.*, párr. 34.

dilaciones indebidas a todas las fases del proceso, especialmente importante si la persona se encuentra privada de libertad durante el mismo¹³⁷. Asimismo, se regulan las condiciones para permitir el juicio *in absentia*¹³⁸.

En cuanto al derecho a defenderse personalmente o mediante un abogado de su elección, el Comité recuerda que no se trata de un derecho absoluto y que en algunos casos “el interés de la justicia puede exigir el nombramiento de un abogado en contra de los deseos del acusado¹³⁹”.

El derecho a la asistencia jurídica gratuita está condicionado a la gravedad del delito y la incompetencia o mala conducta de un abogado nombrado por la autoridad competente puede llegar a entrañar responsabilidad del Estado por violación del artículo 14.3.d. En esta Observación se recuerda también que el derecho de las personas acusadas a interrogar o hacer interrogar testigos de cargo y de descargo no es ilimitado. Se puntualiza que en el caso del derecho a ser asistido por intérprete, aunque se aplique tanto a extranjeros como a nacionales, “las personas acusadas cuyo idioma materno difiera del idioma oficial del tribunal no tendrán, en principio, derecho a la asistencia jurídica gratuita de un intérprete si conocen el idioma oficial suficientemente bien para defenderse efectivamente¹⁴⁰”.

En Europa, el apartado 2 del artículo 6 del Convenio reconoce el derechos a ser informado de la naturaleza y de la causa de la acusación, a disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de su defensa, a defenderse por sí mismo o ser asistido por un defensor de su elección, incluso gratuitamente si carece de medios cuando los intereses de la justicia así lo exijan, a interrogar a los testigos y a ser asistido gratuitamente por un intérprete. La

¹³⁷ La doctrina ha analizado exhaustivamente el efecto de la jurisprudencia del TEDH en la definición del alcance de estos derechos. Así, para un estudio crítico sobre la influencia clarificadora de la jurisprudencia del Tribunal en relación al artículo 5, véase STONE, R., “Deprivation of liberty: the scope of article 5 of the European Convention of Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, Sweet & Maxwell and its Contributors, núm. 1, 2012, pp. 46-57. Stone analiza las sentencias dictadas por el Tribunal en los dos tipos de situaciones principales de las que ha conocido en este contexto: los controles privativos de derechos que, fuera del ámbito de una acusación, se han impuesto a individuos durante períodos de semanas o meses tales como las privaciones de derechos en el ámbito de la salud mental y en el ámbito de la protección de menores. El autor se refiere a este tipo de casos como detenciones administrativas. El otro tipo de situaciones en las que el TEDH ha identificado una violación del artículo 5, se refiere a los actos privativos de derechos que se ejecutan, en el contexto de la comisión de un delito, sin que medie una acusación formal, tales como la potestad de “stop and search” y los poderes para controlar el orden público. Stone destaca los siguientes casos como referentes en este ámbito: *Guzzardi contra Italia*, *HL contra el Reino Unido*, *Storck contra Alemania* y *Gillan contra el Reino Unido*. Infiere del primero un listado de los elementos a analizar para determinar la aplicabilidad del artículo 5 a una determinada privación de libertad en tanto que detención: tipo de detención, duración de la misma o de las restricciones impuestas, el consentimiento del detenido y la intención u objetivo de la detención. Para un análisis exhaustivo del efecto clarificador de la jurisprudencia del TEDH en la definición de las garantías procesales que comprenden debido proceso (artículo 6), véase supra QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional... op cit.*, pp.152-162.

¹³⁸ *Id.* párr. 31.

¹³⁹ *Id.* párr. 37. El Comité está pensando en los casos de personas que obstruyan sistemáticamente el juicio.

¹⁴⁰ Observación General 32, párr. 40.

Carta Africana, en su artículo 7 también alude, en términos más abstractos a los derechos de defensa.

1.3. Derechos de seguridad jurídica no desarrollados o desarrollados parcialmente en la jurisprudencia internacional: el derecho al debido proceso y el derecho al juez natural.

Este subapartado pretende analizar la regulación convencional internacional y regional de aquellos derechos de seguridad jurídica cuyo escaso o nulo desarrollo por la jurisprudencia internacional impide que se pueda acudir a la misma para extraer criterios para la identificación de su contenido y alcance.

En algunos casos, a esta característica se añade la amplitud y ambigüedad de algunos de los derechos (ej. Derecho al debido proceso, que a su vez abarca una serie de derechos que cada sistema regional o internacional ha ido dotando de contenido).

Entre ellos, cabe destacar el derecho al debido proceso, que se ha sido incorporando total o parcialmente a casi todos los instrumentos internacionales y regionales de protección de los derechos fundamentales aquí estudiados.

La DUDH alude al mismo a través del reconocimiento de la tutela judicial efectiva y la prohibición de arbitrariedades en la toma de decisiones sobre detención, prisión o destierro en sus artículos 8 y 9. Los artículos 10 y 11, por otro lado, detallan las garantías procesales que conforman el derecho al debido proceso, entre las que incluye algunos de los derechos ya abordados: derecho a ser oído públicamente por un tribunal independiente e imparcial, derecho a la presunción de inocencia e irretroactividad del derecho penal. El Pacto, se refiere al mismo, a través de las numerosas referencias a las subcategorías que lo componen, algunas de las cuales han sido analizadas en los apartados anteriores¹⁴¹.

Además, en la ya más que citada Observación 32 de interpretación del artículo 14, el Comité desglosa el concepto de la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y subraya la universalidad del derecho de acceso a los tribunales (competentes, independientes e imparciales), inherente a toda persona que pueda encontrarse en el territorio o bajo la jurisdicción de un Estado, independientemente de la nacionalidad o de la condición de apátrida que ostente. El Comité reconoce en esta Observación el derecho a la asistencia jurídica gratuita, que en algunos casos puede llegar a convertirse en una obligación para el Estado¹⁴².

El Derecho Internacional Humanitario también se ocupa de este derecho

¹⁴¹ Derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, preestablecido por ley; derecho a la presunción de inocencia; derecho a ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra él/ella; derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a estar presente en el proceso y a defenderse personalmente o mediante abogado de su elección y derecho a un defensor de oficio si careciera de medios suficientes; derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete; derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; derecho a la doble instancia; derecho a una indemnización en caso de revocación de sentencia condenatoria y *non bis in idem*.

¹⁴² El Comité pone como ejemplo aquí el caso de una persona condenada a muerte que desee obtener la revisión constitucional de irregularidades cometidas en un juicio penal y no tenga medios para sufragar la asistencia jurídica necesaria para interponer ese recurso.

aglutinador. En su artículo 84, el III Convenio de Ginebra establece la necesidad de garantizar la independencia e imparcialidad del tribunal ante el que tenga que comparecer un prisionero de guerra, así como el respeto de los derechos de defensa recogidos en el artículo 105¹⁴³.

En el marco de los Protocolos Adicionales de 1977, podemos hallar un desglose aún mayor de las garantías procesales o derechos de seguridad jurídica a los que venimos haciendo referencia. El artículo 75.4 del Protocolo I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, enumera toda una serie de derechos ya recogidos en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Por su parte, el Protocolo II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, incorpora en su artículo 6 las garantías esenciales de independencia e imparcialidad, que se aplicarán al enjuiciamiento y sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado. Esencialmente reproducen aquellas reguladas en el artículo 75 del Protocolo I.

Aunque se ha hecho ya una breve referencia a ello, la cuestión de la extensión de las garantías del primer Protocolo a las personas privadas de libertad que no están cubiertas por los Convenios de Ginebra (que no gozan del estatuto de prisionero de guerra ni son civiles internados o civiles en territorio ocupado) resulta de interés en el ámbito que nos ocupa dada la orientación del presente trabajo de investigación¹⁴⁴.

La expresión más flagrante de este problema se aprecia en el contexto de los mecanismos utilizados por algunos Estados para luchar contra el delito de terrorismo¹⁴⁵. La declaración de “guerra global contra el terror”¹⁴⁶ por parte de

¹⁴³ Quedan incluidos en la lista contenida en el artículo 105 del III Convenio: el derecho a un abogado de su elección, a hacer comparecer testigos de su elección, a un intérprete, a un abogado de oficio, a un plazo de dos semanas para que el abogado prepare la defensa y a ser informado de sus derechos. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos exige el respeto del artículo 14 del Pacto en el enjuiciamiento de civiles o militares por tribunales militares o especiales (Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 32, párr. 22; Comunicación núm. 1174/2003, asunto Madani c. Argelia, 28 de marzo de 2007, párr. 87. Para un mayor desarrollo véase voto particular disidente del Sr. Abdelfattah Amor).

¹⁴⁴ En efecto, el presente trabajo pretende responder a la incógnita de la naturaleza jurídica y el alcance y contenido de la obligación de extraditar o juzgar en relación a los crímenes de lesa humanidad, para lo cual es fundamental definir el marco jurídico aplicable a los presuntos responsables de estos delitos tanto de cara a su enjuiciamiento como a su extradición en todos los escenarios imaginables, incluyendo el supuesto de que estos delitos sean cometidos fuera del ámbito de un conflicto armado nacional o internacional.

¹⁴⁵ Los esfuerzos por documentar y denunciar este fenómeno, consolidado tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, han proliferado de tal modo que es imposible referir aquí todos los trabajos doctrinales y de organizaciones de derechos humanos que se han ocupado de ello. Cítese, a modo simbólico, el exhaustivo trabajo de investigación de MOECKLI, D., *Human Rights and Non-Discrimination in the War on Terror*, Oxford University Press, 2008. En España, véase FERNÁNDEZ DE CASEDEVANTE ROMANÍ, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Terrorismo y derechos humanos: una aproximación desde el Derecho Internacional*, Dykinson, 2005. Sobre la específica cuestión de cuándo debe el Derecho Internacional Humanitario aplicarse a los actos terroristas y de lucha contra el terrorismo, véase BIANCHI, A. y NAQVI, Y., *International Humanitarian Law and Terrorism*, Oxford, Hart Publishing, 2011.

¹⁴⁶ Para un análisis sobre el debate acerca de la naturaleza jurídica de la “guerra contra el terror”, véase FITZPATRICK, “Jurisdiction of military commissions and the ambiguous war on

Estados Unidos tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, ha permitido la consagración de la violación sistemática de derechos humanos, y en particular de los derechos de seguridad jurídica, como parte de la estrategia para erradicar este fenómeno¹⁴⁷.

En un primer momento, la principal dificultad jurídica a la que se enfrentaron tanto las voces críticas de la doctrina como los organismos internacionales que denunciaban esta situación, era la indeterminación acerca del derecho aplicable a aquellos individuos que, en el contexto de la “guerra contra el terror¹⁴⁸”, habían sido privados de libertad.

En este sentido, autores como Borelli han subrayado la importancia de distinguir las detenciones que hubieran tenido lugar durante un conflicto armado en sentido estricto con la subsiguiente ocupación militar (Iraq y Afganistán), de aquellas detenciones que se hubieran ejecutado al margen del conflicto armado en el contexto de operaciones de implementación de la norma (*law enforcement operations*). Los Convenios de Ginebra constituyen indiscutiblemente el derecho aplicable en el primer caso, a pesar de que en la práctica, las personas detenidas en este marco no siempre han gozado de esta protección¹⁴⁹. En el segundo caso, a aquellas personas detenidas al margen del conflicto armado, les es en todo caso aplicable el derecho internacional de los derechos humanos¹⁵⁰.

terrorism”, *American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, p. 345; ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. La “guerra contra el terrorismo”: ¿una “opa hostil” al derecho de la comunidad internacional? *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 53, núm.1, 2001, pp. 289-302.

¹⁴⁷ Entre los numerosos autores que han denunciado este fenómeno, cabe destacar a SANDS, P., *Lawless World, The whistle-blowing account on how Bush and Blair are taking the law into their own hands*, Penguin Books, 2006 y, más recientemente, a GARRIDO MUÑOZ, A., *Garantías judiciales y sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas*, Tirant lo Blanch, 2013.

¹⁴⁸ International Committee of the Red Cross, “ICRC reactions to the Schlesinger Panel Report”, 8 de septiembre de 2004, párr. I (A), www.icrc.org. El Comité afirma, en referencia a las detenciones, que “sólo mediante la definición y adhesión a un marco jurídico claramente establecido se puede evitar la arbitrariedad y el abuso”. Traducción de la autora.

¹⁴⁹ Esta falta de reconocimiento no ha sido confirmada oficialmente por EEUU. No obstante, la consolidada práctica de detenciones ilegales, secuestros internacionales y el propio mantenimiento de la prisión ilegal de Guantánamo constituyen declaraciones no verbales suficientes que reflejan la posición que mantienen los EEUU en este tema. Véase Informe de Amnistía Internacional de 2011, AI “USA: Guantánamo-A decade of damage to human rights”, índice AMR/51/103/2011. Disponible en http://www.es.amnesty.org/uploads/tx_useraitypdb/Guantanamo_10_Report.pdf. Consultado el 24/10/2013.

¹⁵⁰ BORELLI, S., Casting light on the legal black hole: international law and detentions abroad in the war on terror, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, núm. 857, marzo 2005, pp. 38-68, p. 46. La aplicabilidad del DIH a los conflictos armados en el contexto de la “guerra contra el terror” no ha sido aceptada en todos los casos por EEUU, que ha justificado su postura en el hecho de que Al-Qaeda no es una Parte Contratante en los Convenios de Ginebra y por tanto sus miembros no pueden ser considerados prisioneros de guerra ni gozan de los derechos reconocidos en los Convenios. La inconsistencia de este argumento es evidente a la luz del artículo 4A(3) del III Convenio de Ginebra, que establece que son prisioneros de guerra también “los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora”. Véase, sobre esta

La postura abiertamente contraria a la aplicabilidad extraterritorial del derecho internacional de los derechos humanos mantenida por el Gobierno americano¹⁵¹ y rechazada por el Tribunal Supremo de este país¹⁵², encuentra apoyo en una parte minoritaria de la doctrina cuyos argumentos, claramente vulneradores de los principios básicos del derecho internacional y de los derechos humanos, no pueden dejar de ser considerados, cuanto menos, sorprendentes¹⁵³.

Diferentes Estados han manifestado su desacuerdo con la aplicación

cuestión, REMIRO BROTONS, “Terrorismo internacional, principios agitados” en *Nuevos desafíos del derecho penal internacional*, directores: CUERDA RIEZU, A., y JIMÉNEZ GARCÍA, F., Tecnos, 2009, p. 39 y ss; y BOLLO, V.M.D., “Hamdan v. Rumsfeld, Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006”, *REEI*, núm. 12, 2006.

¹⁵¹Véase la postura adoptada por los EEUU ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Coard et al. c. United States, caso núm. 10.951, informe núm. 109/99, Informe Anual de la CIDH, 1999, párr. 38. Otro ejemplo de ello es la forma en que Estados Unidos ha ignorado la adopción de medidas cautelares en favor de los detenidos por este país en Guantánamo, con fecha de 12 de marzo de 2002 por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual de medidas cautelares otorgadas por la CIDH durante el año 2002. Disponible en <http://www.cidh.org/medidas/2002.sp.htm>. La aprobación del Enemy Combatant Military Commission Act en 2006 en la que se afirma que los Convenios de Ginebra no son una fuente de derechos individuales invocables en juicio, siendo el cumplimiento de sus obligaciones una cuestión entre los Estados Partes, corrobora esta postura. Dos años más tarde, en 2008, el Tribunal Supremo, en el caso Boumediene c. Bush (128 S. Ct. 2229) sostuvo que esta ley era inconstitucional en tanto que violaba los derechos del detenido. El tribunal afirmó que los detenidos tenían derecho a solicitar el *habeas corpus* ante tribunales civiles. Como consecuencia de ello, en 2009, esta ley introdujo una serie de reformas que han sido calificadas de insuficientes por Human Rights Watch. En efecto, se siguen manteniendo las Comisiones Militares como órganos competentes para enjuiciar a los extranjeros acusados de terrorismo. Human Rights Watch, “US: New Legislation on Military Commissions doesn’t fix fundamental flaws”, 8 de octubre de 2009. Disponible en <http://www.hrw.org/en/news/2009/10/08/us-new-legislation-military-commissions-doesn-t-fix-fundamental-flaws>. Consultado el 24/10/2013. Sobre las Comisiones Militares, véase COSTAS TRASCASAS, M., “La nueva ley estadounidense de comisiones militares: elementos para un análisis crítico desde la perspectiva del Derecho internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 14, 2007.

¹⁵² Al Odah et al c. Estados Unidos (No. 03-343) 2004; Rasul c. Bush (No. 03-343) 2004.

¹⁵³ WITTES, B., “The Next Ten Years”, *Hoover Digest*, 2012, núm. 2. Disponible en <http://www.hoover.org/publications/hoover-digest/article/113036>. En este artículo, el autor, en referencia a Guantánamo y en un claro desconocimiento del contenido básico de las garantías procesales reconocidas a nivel internacional, defiende las condiciones de detención de Guantánamo en los siguientes términos: “detention at Guantánamo has become rich with due process, and we should embrace this model for a wider array of long-term counterterrorism detentions”. En las antípodas de esta postura, véase el amplio tratamiento de la cuestión de Guantánamo como máxima expresión de las detenciones ilegales por parte de la doctrina. En este sentido, véase PÉREZ GONZÁLEZ, M. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “El caso de los detenidos de Guantánamo...op cit., pp. 12-39; QUISPE REMÓN, F., *El reconocimiento del derecho al debido proceso en el derecho internacional...op cit.* Sin embargo, el problema de las detenciones ilegales no afecta únicamente a las personas sospechosas de delitos de terrorismo. Autores como Alfred de Zayas incluyen en la lista de grupos vulnerables a este fenómeno al combatiente enemigo, a delincuentes comunes detenidos sin fianza, a solicitantes de asilo, a personas en espera para ser deportadas, personas privadas de libertad por motivos psiquiátricos e inmigrantes indocumentados. DE ZAYAS, A., “Human Rights and indefinite detention”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, núm. 857, marzo de 2005, p. 16.

extraterritorial de los estándares internacionales o regionales de protección de los derechos humanos. Concretamente, el Reino Unido, entre otras cosas, ha sostenido que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no es aplicable a las acciones que el ejército inglés ejecuta fuera del territorio del Estado¹⁵⁴, a pesar de que, tal y como evidencia la introducción de las polémicas *control orders* como mecanismos restrictivos de la libertad para luchar contra el riesgo de terrorismo, la territorialidad no es para el Reino Unido un impedimento para violar los derechos reconocidos en el Convenio¹⁵⁵.

Por último, siempre en el plano internacional, conviene enumerar cuatro instrumentos internacionales relevantes en el ámbito de la protección de los derechos del acusado y cuyos preceptos pueden resultar de gran utilidad para interpretar el contenido y alcance de los derechos de seguridad jurídica sobre los que están cimentados tanto la extradición como el enjuiciamiento: el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión¹⁵⁶, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos¹⁵⁷, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963 y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño¹⁵⁸.

A través de la determinación de la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar, el presente trabajo de investigación busca hallar una herramienta legal que regularice y consiga homogeneizar, a nivel de garantías, el procedimiento de extradición y el enjuiciamiento de aquellas personas acusadas de la comisión de los más graves crímenes internacionales. De esta manera se ofrece una herramienta de lucha contra la impunidad que evite la formación de nuevos “agujeros negros legales¹⁵⁹”, garantizando así el respeto de aquellos derechos que, atendiendo al criterio de clasificación de derechos humanos expuesto al inicio, constituyen el grupo de los derechos de seguridad jurídica¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Ver las respuestas escritas presentadas por Mr. Straw el 17 de mayo de 2004, 421 HC Dec. (2003-2004), col. 674w-675w, y el 19 de mayo de 2004, 421 HC Deb. (2003-2004), col. 1084w. Sin embargo, esto ha sido rechazado por los tribunales ingleses. Véase 2004] EWHC 2911 (Adm.), 14 December 2004 (Rix LJ and Forbes J sitting as a Divisional Court of the Queen's Bench Division of the High Court). (R (on the application of al Skeini and others) v. Secretary of Defence).

¹⁵⁵ TEDH, Gillan y Qinton c. Reino Unido, sentencia de enero de 2010, solicitud núm. 4158/05.

¹⁵⁶ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

¹⁵⁷ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

¹⁵⁸ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

¹⁵⁹ STEYN, J., “Guantanamo Bay: The legal black hole” (the 27th FA Mann Lecture, 25 de noviembre de 2003), reimpresión en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, 2004, p.1.

A nivel regional, el artículo 6 del CEDH reconoce el derecho a un proceso equitativo, mientras que es el artículo 8 de la **Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)** el que reconoce una serie de garantías inherentes al debido proceso.

Es menester introducir aquí brevemente algunas notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos.

En el ámbito regional interamericano, la Convención se erige como un instrumento jurídico complementario a los ordenamientos internos, comprehensivo de derechos y libertades que deben ser respetados y protegidos por los Estados parte¹⁶¹. En su artículo 7, reconoce el derecho a la libertad y seguridad en los mismos términos que se ha venido reconociendo tanto en el PIDCP como en el CEDH¹⁶². Los artículos 8 y 9 desarrollan el reconocimiento a los derechos de seguridad jurídica. Mientras el primero se concentra en enumerar las garantías judiciales inherentes al debido proceso, el segundo reconoce el principio de legalidad.

El alcance de estos derechos en el ámbito de aplicación de la CADH se ha ido concretando a través de las opiniones consultivas y las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶³.

¹⁶⁰ La hipótesis de partida del planteamiento del presente trabajo es la naturaleza consuetudinaria del *aut dedere aut judicare* como mecanismo de lucha contra la impunidad y de garantía de los derechos de seguridad jurídica. Sin embargo, se hace con un alcance limitado, exclusivamente con respecto al crimen de lesa humanidad. La estructura y procedimiento seguido para el desarrollo de esta investigación aspiran a proponer un modelo de referencia para abordar futuros análisis en torno a la naturaleza jurídica de este principio con respecto a otros delitos internacionales. Tanto el Relator Especial como el Grupo de Trabajo nombrado por Comisión de Derecho Internacional para esta cuestión han subrayado la importancia de esta tarea en la consolidación de este principio como un instrumento jurídico efectivo y respetuoso con los derechos humanos para la erradicación de los espacios de impunidad.

¹⁶¹ Artículo 1 de la CADH. La Convención se aplica a todas las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado Parte.

¹⁶² En este sentido, véase GARCÍA FALCONI, R., “Límites y alcance de la privación de libertad de acuerd...*op cit.*, p. 344. No obstante, existe un rico debate en torno a si los derechos contenidos en este instrumento se reconocen más ampliamente en la Convención Americana que en el CEDH. Para un estudio comparativo del alcance de los derechos contenidos en ambos instrumentos, véase CLAPHAM, A., *Regional Human Rights Bodies, en Human Rights Obligations of Non-State Actors, Academy of European Law*, Oxford University Press, 2006, pp. 347-436; ALBANESE, S., *Algunas comparaciones entre los sistemas regionales de promoción y protección de los derechos humanos, Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, Rocca, Buenos Aires, 1992, pp.142-164 (citados, entre otros, en QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional op cit.*,...p. 323).

¹⁶³ La Corte Interamericana ha reiterado en su informe la obligación de los Estados de respetar los derechos de libertad y seguridad reconocidos en el artículo 7 del CADH, estableciendo “tan exhaustivamente como sea posible y de forma previa, las causas y las condiciones de la privación de libertad física”. Informe Anual 2011 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 56. <http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/espanol.pdf>. Véase también el caso Torres Millacura c. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de agosto de 2011, serie C No. 229, párr. 69: “La Convención ha consagrado como principal garantía de la libertad y la seguridad individual la prohibición de la detención o encarcelamiento ilegal o arbitrario”. Para profundizar sobre el contenido y alcance de los derechos de libertad y seguridad según la CIDH (artículos 7 y 8 de CADH), véase GARCÍA FALCONI, R., “Límites y alcance de la privación de libertad de acuerdo...*op. cit.*, pp. 341-347, y en particular, el Informe

La función jurisdiccional de la Corte posibilita la presentación de denuncias por violaciones de los derechos humanos reconocidos en este instrumento, a través de la Comisión o de los Estados parte. Este órgano cuenta con una avanzada y exhaustiva jurisprudencia que ha desarrollado tanto en el ejercicio de su función consultiva como en el ejercicio de su función jurisdiccional¹⁶⁴.

El sistema de protección regional se completa con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1959 con un mandato de la OEA. Entre sus funciones se encuentran las de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y la de servir como órgano consultivo de la organización en este ámbito¹⁶⁵. La Comisión recibe denuncias de particulares que hayan agotado los recursos internos y comunicaciones de Estados que han ratificado la CADH y que han reconocido la competencia de la Comisión para examinar posibles casos de violaciones de derechos humanos. En tanto que en el presente sistema, la Corte sólo podrá conocer de la presunta violación del derecho si dicha violación se lleva ante la misma a iniciativa de los Estados parte o de la Comisión¹⁶⁶, este órgano cumple con la importante función de posibilitar el acceso a la Corte, para que ésta conozca de su caso, del individuo cuyos derechos se han visto vulnerados.

En el marco del “Proceso de fortalecimiento” del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el pasado 23 de marzo de 2013, la Asamblea General Extraordinaria de la OEA aprobó por aclamación una resolución que culmina un proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del sistema, iniciado en abril de 2012, mediante la cual se reforma el Reglamento de la Comisión. A la luz del texto aprobado, hay razones para pensar que esta reforma tendrá una repercusión positiva en la consolidación y homogeneización del contenido, del

Peirano Basso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2007, que reconoce como único fundamento legítimo de la prisión preventiva el peligro de que el imputado obstaculice la acción de la justicia, no aceptando, a diferencia del TEDH, una justificación basada en la peligrosidad del imputado o en el riesgo de que vuelva a delinquir en el entendido de que este argumento vulnera flagrantemente la presunción de inocencia.

Para un análisis exhaustivo del papel de la jurisprudencia de los órganos de protección del sistema interamericano en la delimitación del contenido del derecho al debido proceso (artículo 8), véase QUISPE REMÓN, F., “Capítulo cuarto: Los derechos humanos y del debido proceso en el sistema interamericano, apartados II y III” en *El debido proceso en el derecho internacional..op cit.*

¹⁶⁴ La Corte, además de la función jurisdiccional clásica atribuida a los órganos judiciales, también tiene una función consultiva desarrollada en el artículo 64 de la CADH destinada a asistir a los Estados y órganos en el cumplimiento y aplicación de la Convención, los Tratados o las leyes internas sobre derechos fundamentales.

¹⁶⁵ Este órgano también realiza informes sobre la situación de los derechos humanos por países y sobre situaciones específicas que tienen un gran valor interpretativo de cara a la delimitación del alcance y contenido de los derechos reconocidos en la Convención. Para una clasificación de las tareas desempeñadas por la Comisión, véase VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 2002.

¹⁶⁶ Artículo 61 de la CADH.

alcance y de la protección de los derechos de seguridad jurídica en el ámbito interamericano¹⁶⁷.

Curiosamente, en el ámbito del derecho islámico, siguiendo el hilo del análisis realizado en esta misma sección, autores como Bassiouni afirman que el sistema penal islámico es capaz de garantizar la misma calidad en la justicia, en términos del derecho al debido proceso y garantías específicas inherentes al derecho a un juicio justo, que la articulada en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos¹⁶⁸. Quede anotado aquí por último que, por su parte, el principio de legalidad, entendido como incluyente de la irretroactividad de la ley penal, del *nullum crime sine lege* y de la igualdad ante la ley se configura de tal manera en la Sharía que abarca también el respeto a la presunción de inocencia¹⁶⁹. También ha sido incorporado de manera expresa al artículo 9 de la CADH y al artículo 7 de la Carta Africana.

Otro de los derechos que ha sido escasamente desarrollado por la jurisprudencia internacional es el derecho al juez natural. Se trata este de un derecho humano independiente que, aunque constituye un elemento del debido proceso, presenta características propias que requieren un estudio individualizado.

A nivel convencional, el derecho al juez natural está recogido en el artículo 10 de la DUDH, que lo recoge en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier actuación contra ella en materia penal”. Por su parte, el PIDCP alude de manera específica a los elementos que forman parte del contenido de este derecho al establecer que “(...)Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil(...)”.

¹⁶⁷ El “Proceso de fortalecimiento de la CIDH” se puso en marcha el 8 de abril de 2012 con la aprobación del “Documento de posición sobre el proceso de fortalecimiento del sistema interamericano para la protección de los derechos humanos” por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Doc núm. OEA/Ser.L/V/II, doc. 68 de 8 de abril de 2012. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/fortalecimiento.asp>. Consultado el 25/10/2013. La Resolución 1/2013 sobre la Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas. En este sentido, puede destacarse la reforma del artículo 25 sobre Medidas Cautelares, en la que se especifica y detallan los criterios a considerar a la hora de tomar una decisión sobre la adopción de medidas cautelares en un determinado supuesto.

¹⁶⁸ BASSIOUNI, C., *The Sharia, Islamic Law and Post-Conflict Justice...op cit.*

¹⁶⁹ Para profundizar sobre este principio en el derecho islámico véase AL-CAWWA, M.S., “The Basis of Islamic Penal Legislation”, en *The islamic criminal justice system*, Oceana Publications, Roma, 1982; TAYMOUR KAMEL, *The Principle of Legality and Its Application in Islamic Criminal Justice*, en *The islamic criminal justice system*, Cherif Bassiouni, ed., New York, Praeger, 1982.

Mayores detalles acerca de su contenido se infieren de la Observación 32 del artículo 14 del Comité, en la que el intérprete del Pacto establece que el derecho al juez natural no puede ser materia de reserva, recordando también que “la independencia se refiere al procedimiento y las cualificaciones para el nombramiento de los jueces y las garantías en relación con su seguridad en el cargo hasta la edad de jubilación obligatoria o la expiración de su mandato, en los casos en que exista, las condiciones que rigen los ascensos, traslados, la suspensión y la cesación en sus funciones y la independencia efectiva del poder judicial respecto de la injerencia política por los poderes ejecutivos y legislativo¹⁷⁰”. La imparcialidad viene dividida por el Comité en dos partes: por un lado, los jueces no deben permitir que su fallo esté influenciado por sesgos o prejuicios personales, ni tener ideas preconcebidas respecto al asunto sometido a su estudio, ni actuar de modo que indebidamente promueva los intereses de una de las partes en detrimento de la otra. Por otro lado, el tribunal también debe parecer imparcial al un observador razonable¹⁷¹.

A nivel regional, es menester subrayar que si bien es cierto que el derecho al juez natural está recogido en el artículo 6.1 del CEDH en los mismos términos que en el Pacto, la contribución más importante de cara a su configuración procede del ámbito interamericano. En este sentido, el marco legal viene dado por la CADH que en reconoce en su artículo 8.1 el derecho al juez natural como parte del debido proceso. Ha sido sin embargo la jurisprudencia del sistema interamericano la que ha desarrollado el contenido, el alcance y los límites de este derecho. Así, por ejemplo, en el caso *Ivcher Bronstein c. Perú*, la Corte Interamericana sentenció que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones jurisdiccionales tiene la obligación de adoptar resoluciones que respeten las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8. Aunque, tal y como subraya Quispe Remón, desde su entrada en funcionamiento la Corte “ha emitido más de un centenar de sentencias y veinte opiniones consultivas y en gran parte de ellas se ha pronunciado sobre el debido proceso, y dentro del él sobre el derecho al juez natural, siempre *pro homine*, ampliando su contenido¹⁷²”, el derecho al juez natural ha sido objeto de particular atención por parte de la Corte en el marco del conflicto armado colombiano y el recurso a tribunales militares para investigar y conocer de estos delitos. Así, si bien la Corte reconoce que estos tribunales no son contrarios a las normas de derechos humanos, su aplicación debe limitarse a los militares que hayan incurrido en delitos o faltas en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias¹⁷³. Al no ser el fuero competente para investigar y en su caso juzgar las violaciones de derechos humanos, su actuación en estos casos no solo comporta riesgos para la impunidad sino que puede ser constitutivo de una violación del derecho al

¹⁷⁰ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 32, párr. 19.

¹⁷¹ *Id.*, párr. 21.

¹⁷² QUISPE REMÓN, F., “El derecho al juez natural –como derecho humano- y los tribunales militares en Colombia”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n°5, septiembre 2013-marzo 2014, p. 125

¹⁷³ Véanse, entre otros, los siguientes asuntos: CIDH, *Manuel Cepeda Vargas c. Colombia*, sentencia de 26 de mayo de 2010; CIDH, *Castillo Petruzzi c. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999; CIDH, *Las Palmeras c. Colombia*, sentencia de 6 de diciembre de 2001; CIDH, *19 comerciantes c. Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004.

debido proceso. Tal y como documenta con jurisprudencia de la Corte Interamericana Quispe Remón en su estudio sobre el derecho al juez natural y los tribunales militares en Colombia “en los casos colombianos la Corte Interamericana destacó que la aplicación de la jurisdicción militar no garantizó el debido proceso, en este caso, el derecho al juez natural¹⁷⁴”.

1.4. Deficiencias en la protección de los derechos humanos derivadas de la regulación de los Tribunales Internacionales

1.4.1. Omisiones en los Estatutos de los tribunales internacionales

Más allá de la cuestión de la inexistencia de una postura homogénea en el ámbito de los tribunales internacionales o internacionalizados acerca de la delimitación del contenido de algunos derechos de seguridad jurídica, debe subrayarse que los Estatutos de estos órganos contienen algunas insuficiencias en materia de regulación de los derechos humanos. Entre ellas, en el contexto de esta investigación, es especialmente llamativa la omisión del derecho a no ser detenido o privado de libertad de manera arbitraria¹⁷⁵, recogido en el artículo 9 del PIDCP.

Podría argumentarse, no obstante, que esta omisión, al igual que las anteriores especificaciones, resulta superflua e irrelevante en tanto que las normas de derechos humanos vinculan directamente a estos tribunales, que, en última instancia, son creaciones del derecho internacional¹⁷⁶.

En particular, el vacío dejado por la ausencia de un artículo equivalente al 9.2 del PIDCP, regulador del derecho a ser informado, en el momento de la detención, de las razones de la misma, y de ser notificado, sin demora, de la acusación formulada contra el individuo en cuestión, parece haber sido colmado

¹⁷⁴ QUISPE REMÓN, F., “El derecho al juez natural..*op cit.*”, p. 131.

¹⁷⁵ Como se verá más adelante, en el capítulo III, esta es una cuestión controvertida. Así, a pesar de que ningún Tribunal Penal Internacional aboga por el principio *mala captus bene detentus*, en la práctica estos órganos son bastante reacios calificar de ilegal un determinado modo de detención e incluso, en el caso de que se califique como tal, de establecer graves consecuencias al mismo. El caso Dokmanovic es un ejemplo de ello: el Tribunal aceptó la personación del acusado, que había sido trasladado, bajo engaño, a territorio bajo control del UNTAES como lícito en tanto que no se habían violado los principios de derecho internacional ni la soberanía de la Ex Yugoslavia porque el arresto se realizó fuera de su territorio. TPIY, Fiscal c. Dokmanovic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-95-13^a, Auto sobre la solicitud de puesta en libertad de 22 octubre 1997, párr. 16-18. Véase también el caso Nikolic, en el que el acusado fue detenido en Bosnia por la SFOR (la Fuerza de Estabilización de la OTAN) tras haber sido trasladado allí mediante secuestro. El Tribunal de Primera Instancia entendió que, este hecho, en tanto que el secuestro no podía ser imputado a la SFOR, no violaba la soberanía nacional ni había sido realizado recurriendo a un tratamiento del acusado lo suficientemente grave como para invalidar la jurisdicción del tribunal en aplicación del derecho al debido proceso. TPIY, Fiscal c. Dragan Nikolic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-94-2-PT, Auto sobre el cuestionamiento de la jurisdicción del Tribunal por parte de la defensa, de 9 de octubre de 2009, párrs. 97- 115. Disponible http://icty.org/x/cases/dragan_nikolic/tdec/en/10131553.htm. Consultado el 25/10/2013.

¹⁷⁶ Véase la Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia, Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto, Opinión Consultiva, 1980, p. 73, pp. 89-90.

por la jurisprudencia internacional¹⁷⁷. La figura de la detención provisional, recogida en los Estatutos de los distintos tribunales internacionales¹⁷⁸, consiste en el reconocimiento de la potestad de detener a un sospechoso por un período de tiempo no superior a 90 días, a solicitud de la Fiscalía, con carácter previo a la detención oficial y la formulación de la acusación formal.

En repetidas ocasiones, los jueces de estos tribunales han afirmado entender este derecho a ser informado como incluido en la referida regulación estatutaria. Así, en el caso *Barayagwiza*, la Sala de Apelación del Tribunal Internacional para Ruanda consideró que la detención provisional del sospechoso durante 18 días sin que el detenido hubiera sido informado de las razones de la misma era constitutiva de una violación de su derecho a ser informado sin demora de los cargos que se le imputaban: “Pasó 18 días detenido sin ser informado de los motivos de su detención. La Sala de Apelación considera que ese período de tiempo viola el derecho del recurrente a ser informado sin demora de los cargos que se le imputan¹⁷⁹”.

En la práctica, sin embargo, la posición homogénea y garante del derecho a ser informado de los cargos en el momento de la detención sostenida por los órganos internacionales, se topa con las dificultades de una figura que se apoya, en la primera fase de su materialización, en las autoridades nacionales. Sin obviar la existencia de mecanismos de protección regionales en caso de vulneración de derechos fundamentales (Comité de Derechos Humanos, TEDH, CIDH, Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos e incluso ante los propios tribunales internacionales), las diferencias formales y materiales en el nivel de protección y respeto de los derechos humanos en los distintos ordenamientos jurídicos resulta en ocasiones problemática en tanto que condiciona el rol de garante de los derechos humanos de estos órganos.

Independientemente de que, a la hora de aplicar el derecho en el ámbito internacional, esta omisión pueda neutralizarse a través de ejercicios interpretativos, la misma puede convertirse en una herramienta peligrosa para

¹⁷⁷ Sin perjuicio del esfuerzo clarificador realizado por el Comité en la citada Observación General 32, párrafo 31, en la que, al tratar los derechos de las personas acusadas de delitos reconoce que la garantía de ser informado sin demora de los cargos formulados contra una persona acusada se extiende incluso a las personas no detenidas. En referencia al artículo 9.2 define “sin demora”: tan pronto como una autoridad competente, con acuerdo a derecho interno, formule la acusación contra otra persona o la designe públicamente como sospechosa de haber cometido un delito. En el caso *Rwamakuba*, por ejemplo, el TPRI reconoció derecho a recibir una compensación como consecuencia de la violación de los derechos del acusado. En este caso, en tanto que el acusado fue posteriormente absuelto, se trató de una compensación económica, por la violación de su derecho a la asistencia legal y la falta de comparecencia ante un juez tras la detención. TPIR, *Fiscal c. Rwamakuba*, Sala de Apelaciones, caso núm. ICTR-98-44C-A, Decisión en apelación contra el auto sobre reparación adecuada de 13 de septiembre de 2007, párr. 23-31.

¹⁷⁸ TPIY, RPE, Regla 40 bis; TPIR, RPE, Regla 40 bis; SCSL RPE, Regla 40 bis; STL Regla 63.

¹⁷⁹ TPIR, *Fiscal c. Barayagwiza*, Sala de Apelación, caso núm. ICTR-97-19-AR72, Auto que resuelve la solicitud de revisión o reconsideración de la Fiscalía de 31 de marzo de 2000, párrs. 54 y ss. Traducción de la autora. Véase también TPIR, *Fiscal c. Kajelijeli*, Sala de Apelación, caso núm. ICTR-98-44A-A, sentencia de 23 de mayo de 2005, párrs. 226-227.

países que ya de por sí, abogan por una concepción selectiva de la universalidad e inviolabilidad de los derechos humanos¹⁸⁰.

1.4.2. Inexistencia de remedios efectivos en caso de violación de derechos humanos

En cuanto al marco jurídico internacional, tanto los instrumentos internacionales como los regionales de protección de los derechos humanos, reconocen el derecho a la indemnización en los casos de detenciones ilegales o de condenas por error judicial¹⁸¹.

En el ámbito de la jurisprudencia internacional, las sentencias de los Tribunales Internacionales para Ruanda y la Antigua Yugoslavia reflejan un gran cuidado a la hora abordar las cuestiones relativas al reconocimiento de derechos de compensación por la violación de derechos humanos¹⁸². No obstante, algunos autores insisten en la necesidad de que esta valoración global positiva del respeto a los derechos procesales del acusado en el ámbito internacional no nos ciegue ante lo que constituye el principal defecto de este sistema: la inexistencia de remedios efectivos cuando se violan los derechos protegidos. Así, académicos como Zappalà, a la vez que admite que la inclusión del reconocimiento del derecho a la compensación a las víctimas de detenciones o condenas injustas en el artículo 85 Estatuto de la CPI supone un avance, critica el hecho de que los tribunales *ad hoc* y las Naciones Unidas no estén sometidas a ningún sistema de control externo para los casos de violaciones de derechos humanos¹⁸³.

¹⁸⁰ Con motivo del décimo aniversario de la apertura de la prisión de Guantánamo, Amnistía Internacional, en su línea de compromiso con la defensa de los derechos humanos, ha publicado un valiente informe en el que, haciendo un balance de la situación denunciada, presenta documentadamente una lista de 10 mensajes contrarios a los derechos humanos que Estados Unidos continúa emitiendo mediante el mantenimiento de esta situación, muchos de los cuales pertenecen a los derechos de seguridad jurídica que nos ocupan: Esta organización alerta sobre las consecuencias de la inacción internacional ante estas violaciones flagrantes de los derechos humanos en la construcción del derecho internacional. Así, países como Mauritania, Etiopía, India y Arabia Saudí han comenzado a reelaborar su legislación antiterrorista siguiendo el ejemplo estadounidense recortando claramente las garantías procesales y permitiendo explícitamente en algunos casos (Mauritania) la prisión incomunicada y la tortura. AI, “USA, Guantánamo: a decade of damage to human rights and 10 anti-human rights messages Guantánamo still sends”, Índice AMR 51/103/2011, diciembre 2011. Disponible http://www.es.amnesty.org/uploads/tx_useraitypdb/Guantanamo_10_Report.pdf. Consultado el 25/10/2013. Traducción de la autora.

¹⁸¹ Artículo 14.6 PIDCP; artículo 5.5. CEDH; artículo 10 CADH.

¹⁸² Como ejemplo, cabe destacar la decisión de la Sala de Apelación del Tribunal Internacional para Ruanda que afirmó que en caso de violaciones graves de los derechos del acusado, se le deberá reconocer un derecho a ser compensado. TPIR, Fiscal c. Barayagwiza, Sala de Apelación, caso núm. ICTR-97-19-AR72, Auto que resuelve la solicitud de revisión o reconsideración de la Fiscalía de 31 de marzo de 2000, párr. 75.

¹⁸³ ZAPPALÀ, S., “Respect for Human Rights in International Criminal Proceedings” en *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, editor in chief A. Cassese, Oxford University Press, New York, 2009, p. 489. Quizás, un tribunal global de derechos humanos podría ofrecer una posible solución a esta deficiencia. Se trata esta de una iniciativa puesta en marcha en 2011 por un grupo de juristas expertos en derechos humanos que rescata una propuesta que fracasó en los años 40. Entre ellos, Theodor Meron y Mary Robinson, ex Alta Comisionada de Derechos Humanos. “Protecting Dignity: An Agenda for Human Rights”, 2011

1.4.3. Obstáculos al rol pedagógico y de promoción de los derechos humanos en la regulación de los tribunales internacionales

El mal uso de los tribunales como plataforma de difusión de ideas contrarias a los derechos humanos.

Por último, conviene hacer referencia a los problemas que, de cara a la promoción de los derechos humanos, plantea la regulación del proceso penal internacional. Hasta ahora, ha prevalecido en este contexto el sistema de *common law*, caracterizado por una estructura bipolar del proceso en el que cada una de las partes construye su caso reuniendo las pruebas que luego se presentan ante un juez que se ha mantenido completamente al margen, sin ejercer ningún control sobre la investigación (sistema adversarial¹⁸⁴).

La incorporación de este modelo otorga al acusado la posibilidad de utilizar el juicio como plataforma para difundir ideas que pueden ser contrarias al respeto de los derechos humanos y que pueden encontrar oyentes receptivos, especialmente cuando se trata de ideas articuladas por individuos carismáticos¹⁸⁵.

Las sentencias negociadas¹⁸⁶

Por otro lado, en este sistema, cuando el acusado se declara culpable de los cargos que se le imputan, automáticamente desaparece la posibilidad de practicar y, por lo tanto de hacer públicas, las pruebas inculpativas con el coste pedagógico y de prevención general negativa que ello implica. Además, paralelamente, se está desarrollando en estos tribunales una tendencia que induce al acusado a aceptar los cargos, evitar los juicios y fomentar la negociación.

De consolidarse, las “sentencias negociadas” permitirían a los enemigos de la justicia internacional tacharlas de estar manipuladas por motivos políticos, disminuyendo la efectividad del mensaje lanzado por estos tribunales mediante

Report, véase la propuesta aquí. Entre los detractores de esta propuesta por considerarla inapropiada para enfrentarse a los desafíos actuales en el marco de las violaciones de derechos humanos, encontramos a Philip Alston. ALSTON, P., “Against a World Court for Human Rights”, *Ethics and International Affairs* (2014), Working Paper núm 13-71, octubre 2013. Incluso Antonio Cassese, internacionalista constructivista por definición, la descartó en su última gran publicación por “considerar demasiado ingenuo pensar que los Estados someterían sus relaciones domésticas con individuos en su territorio a un control judicial internacional vinculante”. CASSESE, A., “A Plea for a Global Community Grounded in a Community Grounded in a Core of Human Rights” en *Realizing Utopia, The future of International Law*, Ed. Antonio Cassese, Oxford University Press, 2012, p. 141. Traducción de la autora.

¹⁸⁴ En general sobre la naturaleza inquisitiva o adversarial del proceso penal internacional, véase AMBOS, K., ¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?, *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, núm. 7, 2004, pp. 5-56.

¹⁸⁵ DIMITRIJEVIC, V., “Justice must be done and be seen to be done: the Milosevic trial”, *East European Constitutional Review*, EUA, vol.11, núm. 1-2, 2002, pp.59-62.

¹⁸⁶ Para un análisis profundo sobre la realidad de las sentencias negociadas en el contexto de la justicia internacional, véase AMOURY COMBS, N., “Procuring guilty pleas for international crimes: the limited influence of sentence discounts”, *Vand. L. Rev.*, vol. 59, núm 1, 2006, p. 69

la puesta en duda de su autoridad moral. Y siguiendo el hilo del argumento anterior, cabría añadir que también se despojaría a estos tribunales de la capacidad de promover, a través de su aplicación y difusión, el respeto a los derechos de seguridad jurídica, objeto de este capítulo.

Sin embargo, aunque ésta haya sido la tónica dominante en los tribunales internacionales *ad hoc* para Ruanda y la Ex Yugoslavia, la configuración de los artículos reguladores del proceso en el Estatuto de Roma¹⁸⁷, junto con las voces críticas de la doctrina que defienden el modelo inquisitivo y la investigación única y oficial como garante de los derechos del procesado, empiezan a sugerir un posible cambio estructural en el proceso penal internacional¹⁸⁸.

¹⁸⁷ En este sentido, el artículo 65 establece que la declaración de culpabilidad no es suficiente, en sí misma, para dictar una sentencia condenatoria. Por lo tanto, los derechos de defensa o garantías procesales incluyen protección frente al propio acusado en tanto que la Sala de Primera Instancia tiene la obligación de verificar que “el acusado comprende la naturaleza y las consecuencias de la declaración de culpabilidad”, “la declaración ha sido formulada voluntariamente” y “la declaración de culpabilidad esté corroborada por los hechos de la causa”. Más aún, según el apartado 3 de este artículo, la protección frente a las sentencias negociadas va más allá en tanto que la Sala, “de constatar que no se cumplen las condiciones a que se hace referencia en el párrafo 1, tendrá la declaración de culpabilidad por no formulada y, en ese caso, ordenará que prosiga el juicio con arreglo al procedimiento ordinario (...)”.

¹⁸⁸ El profesor MIRJAN DAMASKA defiende el modelo inquisitivo frente al adversarial existente desde la perspectiva del rol pedagógico y de publicidad que necesariamente debe asumir la justicia penal internacional, subrayando la importancia de su papel en el respeto de los derechos humanos. Sin dejar de ser consciente de las críticas que recibirá por esta, subraya la importancia de que al menos se abra el debate acerca de los objetivos que debe perseguir la justicia penal internacional, cuyas conclusiones deben inspirar la estructura del proceso penal internacional. DAMASKA, M., “Problematic Features of International Criminal Procedure in International Criminal Proceedings” en *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, editor in chief A. Cassese, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 176-186.

II. LAS GARANTÍAS DERIVADAS DEL PROCESO DE EXTRADICIÓN: CONSIDERACIÓN DE LA OPCIÓN DE ENTREGA A TRIBUNAL INTERNACIONAL

2.1. La extradición oficial

2.1.1. Evolución de la figura y desafíos

El concepto, alcance y naturaleza jurídica de la extradición representan tres polémicos debates en el ámbito del derecho procesal internacional.

Sin perjuicio del análisis que se llevará a cabo en profundidad en el capítulo V sobre el contenido y alcance de la obligación de extraditar como parte de la cláusula alternativa objeto de esta monografía a los efectos de este apartado, se tomará como punto de partida la definición que Claire Mitchell hace de la extradición en su trabajo sobre la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar:

“El uso común de esta palabra hace referencia a la entrega de una persona a otro Estado con el fin de que este Estado juzgue al acusado. Esto se hace normalmente de acuerdo con una solicitud realizada en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral entre los dos Estados, regulando la manera en la que se debe llevar a cabo la entrega. Normalmente, el proceso incluye la revisión judicial de la solicitud de extradición y de las condiciones en las que la entrega ha de tener lugar, con el fin de asegurar el respeto a los derechos humanos del acusado¹⁸⁹”.

El reconocimiento del necesario respeto a los derechos humanos como elemento definitorio de la extradición que encierra esta definición, aunque incuestionable en la actualidad, no ha estado siempre presente en la configuración de este instrumento¹⁹⁰.

Es importante subrayar desde el principio las diferencias estructurales y de fundamentación existentes entre la institución de la extradición y otros procedimientos de “extradición especial” como la entrega a tribunales internacionales o la Euro-orden, ya que en ocasiones, éstas pueden ser percibidas como diferencias en el reconocimiento y protección de las garantías procesales y derechos humanos¹⁹¹.

¹⁸⁹ MITCHELL, C., “2. The scope and operation of the obligation”, en *Aut Dedere, aut Judicare...op cit.*, cap. 2, párr. 8. Para un recorrido histórico por los orígenes de la figura de la extradición véase PUENTE EGIDO, J., “La extradición, problema complejo de cooperación internacional en materia penal”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 15, 2000, pp. 205-236. Véanse las páginas 205-210.

¹⁹⁰ ROVIRA, A., *Extradición y derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2005, p. 25; GARCÍA SÁNCHEZ B., *La extradición en el ordenamiento jurídico español, internacional y comunitario*, Ed. Comares, Granada, 2005, p.145; VILLAGRÁN KRAMER, F., “¡Mala captus, bene detentus! El secuestro y la extradición irregular a la luz de los derechos humanos y del derecho internacional”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 23, 1996, p.11.

¹⁹¹ Las figuras de la entrega a tribunales internacionales y la Euro-orden serán brevemente analizadas en los apartados 1.2.2 y 1.2.3.

Como punto de partida, conviene destacar que el control judicial de la extradición, históricamente otorgada o denegada por razones políticas¹⁹², se ha ido generalizando¹⁹³.

Esta tendencia, responde, entre otras cosas, al reconocimiento internacional de los derechos humanos¹⁹⁴, cuya garantía requiere una intervención por parte de los órganos judiciales a fin de impedir el destierro o la expulsión arbitraria de un extranjero, las extradiciones encubiertas no respetuosas de las garantías procesales y derechos humanos¹⁹⁵, el secuestro¹⁹⁶ o la denegación injustificada de la solicitud de extradición que ampara la impunidad¹⁹⁷.

¹⁹² De hecho, hasta finales del siglo XIX podían encontrarse sentencias dictadas por tribunales europeos que se inspiraban en el carácter de “poder regaliano” de esta figura que se había consolidado en las Monarquías europeas de la Edad Moderna: “Attendu que les traites d'extradition sont des actes de droit public et de haute administration(...)que d'ailleurs, le gouvernement qui fait arrêter sur son territoire le prévenu d'un crime ou d'un délit commis sur un autre territoire et le livre à la puissance qui le lui réclame, use d'un droit qu'il puisse non dans les traites qu'il a pu conclure, mais dans la propre souveraineté et reste libre d'accorder l'extradition (...)”. Cour de Cassation, 3 de Agosto 1883. Chambre Criminelle, No. 197, citado en PUENTE EGIDO, J., “La extradición, problema complejo de cooperación internacional...*op. cit.*”, nota al pie 2. En efecto, si retrocedemos al origen de esta figura, podemos encontrar en los escritos de Juan Bodino que el fundamento de la extradición era evitar causar a otro Estado soberano el daño que se derivaría del impedimento de ejercer su jurisdicción, en tanto que derecho reconocido por las leyes de Dios y de la naturaleza, sobre un fugitivo. BODIN, J., *The Six Books of a Commonwealth*, p. 359, K.McRae ed, 1962, citado en BASSIOUNI, M.C; WISE, E.M., *Aut Dedere Aut Judicare...op cit.*, p. 38. Grocio va un paso más allá del razonamiento de Bodino, que se centra en la devolución del fugitivo a “su soberano”, y afirma que la nacionalidad del delincuente es irrelevante para la aplicación de esta norma. Es el daño causado en el territorio de un Estado lo que legitima al mismo para ejercer su jurisdicción sobre el responsable, según Grocio, ya que nace con el daño un derecho para el Estado de castigar al responsable. La extradición surge así para este autor como alternativa a la obligación de castigar que surgiría para el Estado que encuentra en su territorio al delincuente. GROCIO, H., *De iure belli ac pacis*, Libro II, capítulo XXI, párr. iv, p. 529, citado en BASSIOUNI, M.C; WISE, E.M., *Aut Dedere Aut Judicare...op cit.*, p. 38-39. Por último, Vattel también se suma a la visión grociana de concebir la extradición como una fórmula para evitar incurrir en responsabilidad del Estado por acciones de individuos privados, en caso de no proceder al castigo. VATTEL, E., *The Law of Nations*, Libro II, Cap. VI, pp. 136-137, citado en BASSIOUNI, M.C; WISE, E.M., *Aut Dedere Aut Judicare...op cit.*, p. 40-41. Para profundizar sobre el origen de la figura de la extradición véase GARCÍA BARROSO, C., *Procedimiento de extradición*, Colex, Madrid, 1988.

¹⁹³ Esta homogeneización aún está lejos de ser conseguida, tal y como pone de manifiesto Plachta, ya que los procedimientos de extradición a nivel nacional van desde procesos administrativos, judiciales o mixtos a procesos *sui generis*. Por ello, recomienda que los esfuerzos se centren en consolidar un núcleo duro de derechos del acusado en lugar de intentar proponer un sistema procedimental homogéneo. PLACHTA, M., “Contemporary problems of extradition: human rights, grounds for refusal and the principle *aut dedere aut judicare*”, 114th International Training Course, Visiting experts papers, Resource material series No. 27, 2001, p. 69. Disponible en http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No57/No57_11VE_Plachta1.pdf

¹⁹⁴ El reconocimiento internacional de los derechos humanos, y en particular de los derechos de seguridad jurídica, ha sido analizado en el capítulo I.

¹⁹⁵ A pesar de que por un lado, la doctrina más especializada ha sostenido que la utilización de las leyes de inmigración y de los procedimientos regulados en ellas con el fin de posibilitar procesos de extradición encubiertos a través de la expulsión, aunque abusiva, no puede ser considerada “ilegal per se” en tanto que el procedimiento, aunque impropio, está regulado por el derecho administrativo (BASSIOUNI, M.C, *International Extradition: United States...op cit.*, pp. 203-204), otros autores como García Sánchez matizan esto declarando que “es incompatible con el respeto a los derechos humanos soslayar el procedimiento de extradición consiguiendo la

Todas estas conductas, a pesar de estar prohibidas por el derecho internacional¹⁹⁸, se han venido perfilando con demasiada frecuencia como alternativas a la extradición. Esto ha sido permitido, entre otras cosas, por la indeterminación de la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar. O dicho de otra forma, la definición del alcance y contenido de la obligación de extraditar o juzgar podría revelarse como un instrumento clave para resolver por un lado, el debilitamiento de la figura de la extradición como resultado del expansionismo de los motivos para su denegación¹⁹⁹ y por otro, la violación de derechos humanos inherentes a todos aquellos procesos extradicionales no oficiales.

Una vez tomada la decisión de extraditar al sospechoso de un delito a otro Estado que, habiéndolo requerido, tenga jurisdicción para conocer del caso, se activan automáticamente una serie de garantías cuyo respeto, en tanto que se trata de un procedimiento regulado, judicializado y oficial, es más fácil controlar.

En este apartado se analizarán las implicaciones de la configuración tradicionalmente convencional (bilateral o multilateral) de la figura de la

entrega por vía indirecta de expulsión o por el secuestro con infracción de las normas de Derecho internacional. (GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La extradición en el ordenamiento interno español...op cit.*, p. 145). En estos casos, el Estado quiere evitar la aplicación del derecho extradicional y las garantías inherentes al mismo en tanto que su respeto podría tener como resultado la imposibilidad de ejecutar la extradición. El ejecutivo recurre entonces a la utilización abusiva de un procedimiento administrativo, mucho menos garantista, no diseñado para estos supuestos. En el contexto americano, la doctrina lleva más de 50 años criticando este fenómeno. Véase, por ejemplo, ALONA E. EVANS, "The Political Refugee in United States Immigration Law and Practice", *Int'l Law J*, vol. 3, 1969, citado en supra Bassiouni; STEIN, T., "Rendition of terrorists: Extradition vs. Deportation", *Israel yearbook on Human Rights*, vol. 19, 1989, pp. 284-295. En el ámbito internacional, el caso Soblen en 1962 y el caso Klaus Barbie en 1983, son dos de los ejemplos más claros de la utilización de esta figura para expulsar a un extranjero cuya extradición, por la naturaleza política de los delitos que se le imputaban, podía resultar problemática. Véase O'HIGGINS, P., "Disguised Extradition: The Soblen Case", *MOD. L. Rev.*, vol. 27, 1964, p. 521.

¹⁹⁶ Este problema será abordado en profundidad en el capítulo III.

¹⁹⁷ Esta cuestión es el objeto de estudio del capítulo IV.

¹⁹⁸ El artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos prohíbe el destierro y la detención arbitrarios; el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la expulsión arbitraria de un extranjero y obliga al Estado a que el extranjero pueda someter su caso a revisión "ante la autoridad competente"; el artículo 3 de la Declaración Universal reconoce el derecho a la libertad y el 10 articula el derecho a un juicio justo, derechos que se ven violados en los supuestos de secuestros, extradiciones encubiertas y detenciones ilegales.

¹⁹⁹ En este sentido se pronuncia el profesor Plachta: "Esta tendencia preocupa a muchos agentes del Estado y a personas directamente involucradas en el proceso de extradición que temen que, en caso de mantenerse y reforzarse, la continua expansión de estas excepciones, defensas y exclusiones pueden, a largo plazo minar este mecanismo y frustrar los esfuerzos dirigidos a llevar a los delincuentes fugitivos ante la justicia. PLACHTA, M., "Contemporary problems of extradition: human rights, grounds for refusal...op cit.", p. 69. Disponible en http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No57/No57_11VE_Plachta1.pdf Traducción de la autora.

extradición en el reconocimiento de derechos y garantías procesales a los individuos objeto de la extradición.

2.1.2. Derechos y garantías inherentes a la extradición oficial

Existen numerosas clasificaciones de los derechos y garantías de las que goza el individuo en el marco de un proceso oficial de extradición²⁰⁰. Como se ha avanzado, el fin último de esta protección es evitar las extradiciones arbitrarias y asegurar, en el caso de las que procedan legalmente, el respeto de los derechos fundamentales del individuo objeto de un proceso de extradición²⁰¹.

A los efectos del presente trabajo, se abordará el estudio de los derechos y garantías inherentes a la extradición desde la concepción de Bueno Arús, que señala que “se ha de ver en la extradición no sólo una institución que colabora a los fines de la *defensa social*, sino también una figura propia del *Estado de derecho* y su finalidad garantizadora²⁰²”.

En tanto que el principio englobado en la función de defensa social constituye la parte fundamental de este trabajo (*aut dedere aut judicare*), en este apartado

²⁰⁰ Sin perjuicio del consenso al que se ha ido llegando a través de Tratados de extradición y la evolución en las legislaciones nacionales, se siguen encontrando variaciones en el alcance y contenido de estos principios de una legislación a otra. Sobre las distintas clasificaciones para abordar el estudio en el ámbito español, véase GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La extradición en el ordenamiento interno español...op cit.*, Cap IV.

²⁰¹ La humanización del derecho internacional y el consiguiente aumento del protagonismo de los derechos humanos en este ámbito han sido abordados en el capítulo I. Esta humanización también se ha trasladado al campo de la extradición y explica el creciente interés de la doctrina por la relación entre los derechos humanos y la extradición, que en los últimos 30 años ha dado lugar a una prolífica literatura sobre esta cuestión. Véase BASSIOUNI, M.C, *International Extradition: United States...op. cit.*, p. 43; Véase también DUGARD, J., VAN DEN WYNGAERT, C., “Reconciling Extradition with Human Rights”, *AJIL* vol. 92, núm. 2, 1998, pp. 187-212; VAN DEN WYNGAERT, C., “Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandoras Box?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol 39, 1990, p. 757; LAGODNY, O., REISNER, S., “Extradition Treaties, Human Rights and “Emergency Brake“-Judgments: A comparative European Survey”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 2, 1994, p. 237-297; LAGODNY, O., SCHOMBURG, W., “International Cooperation in Criminal Matters and Rights of the Individual from a German Perspective”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 2, p. 379, 1994; SWART, A.H.J., “Human Rights and the Abolition of Traditional Principles” en A. Eser, O. Lagodny (eds.) *Principles and Procedures for a new Transnational Criminal Law*, 1992; GILBERT, G., *Aspects of Extradition Law*, Kluwer, Dordrecht, 1991, pp. 79-93; GANE, C.H.W., “Human Rights and International Cooperation in Criminal Matters”, en P.J. Cullen and W.C. Gilmore (eds) *Crime Sans Frontières: International and European Legal Approaches*, Edinburgh University Press, 1998, citados en PLACHTA, M., “Contemporary problems of extradition: human rights, grounds for refusal...op cit., p. 69. Disponible en http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No57/No57_11VE_Plachta1.pdf En referencia a las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en materia de la interpretación y aplicación de las normas que regulan la extradición, el professor Cuerda Riezu ha advertido del peligro de confundir el respeto a los derechos fundamentales con una falta de sensibilidad en relación con la persecución, y en su caso, castigo de la delincuencia. CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la euro orden de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003, p. 51.

²⁰² BUENO ARÚS, F., *Nociones básicas sobre la extradición...op cit.*, p.25. Cursivas añadidas.

se enunciarán los principios generalmente aceptados, en Derecho Internacional, como inherentes a la extradición en su faceta de figura garantizadora del Estado de Derecho y por ende, protectora de uno de sus pilares: los derechos de seguridad jurídica.

Los derechos de seguridad jurídica de la persona objeto de la extradición se protegen mediante la aplicación de lo que, siguiendo la pedagógica división llevada a cabo por García Sánchez, pueden clasificarse en principios básicos y otros principios²⁰³.

Entre los primeros, podemos hallar el principio de legalidad (que incluye el derecho al debido proceso y la irretroactividad de los tratados), el principio de doble incriminación, el *minimis non curat praetor* o principio de mínima gravedad²⁰⁴, el principio de especialidad²⁰⁵ y el principio de no entrega de nacionales²⁰⁶. En el segundo grupo se incluyen el principio de competencia, el principio *ne bis in ídem*²⁰⁷, el principio de no entrega por delitos políticos o infracciones administrativas y el principio de no entrega por riesgo de torturas o pena de muerte²⁰⁸.

Uno de los problemas principales de la figura de la extradición es que el reconocimiento de muchas de estas garantías no se traduce en una aplicación

²⁰³ GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La extradición en el ordenamiento interno español...op cit.*, Cap IV.

²⁰⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E., y GONZÁLEZ DE AMEZÚA, C., “Algunos problemas de la extradición...op cit.”, pp. 123-125.

²⁰⁵ La Decisión Marco relativa a la Euro-orden define el principio de especialidad como aquel en virtud del cual “la persona entregada no podrá ser procesada, condenada o privada de libertad por una infracción cometida antes de su entrega distinta de la que hubiere motivado su entrega”. Decisión Marco, artículo 27.2.

²⁰⁶ Si bien es cierto que empiezan a consolidarse tendencias en ámbitos regionales como la Unión Europea que rechazan el reconocimiento de este principio como configurador de la figura de la extradición, a nivel global sigue siendo un principio muy presente. Así lo viene denunciando reiteradamente la doctrina. Véase, PLACHTA, M., “(Non-) extradition of nationals: a neverending story?”, *Emory International Law Review*, vol. 13, 1999, pp. 77-159, DUGARD, J., VAN DEN WYNGAERT, C., “Reconciling Extradition with Human Rights...op. cit.”, p. 201; DEEN-RACSMÁNY, Z., “A New Passport to Impunity? Non-Extradition of Naturalized Citizens versus Criminal Justice,” *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, 2004, pp. 761-784. En España, Pérez Manzano, conecta la concepción soberanista de la extradición con su propia existencia como principio rector de la extradición. PÉREZ MANZANO, M., “La extradición: una institución constitucional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. Extraordinario 2, 2004, pp. 213-243, p. 215.

²⁰⁷ Recogido en el artículo 4 del Protocolo núm. 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

²⁰⁸ Sobre esta cuestión véase DUGARD, J., VAN DEN WYNGAERT, C., “Reconciling Extradition with Human Rights”...op. cit., apartado IV, “Which Human Rights Obstruct Extradition?”, pp. 195-206. En este capítulo, los autores realizan un análisis en el que se intenta dilucidar qué derechos humanos deben gozar de prioridad sobre los acuerdos de extradición e incluso sobre el derecho extradicional nacional. En tanto que la construcción de estos derechos será estudiada en profundidad en el capítulo que tiene por objeto la aplicación de la obligación de extraditar o juzgar junto con los principios comunes al enjuiciamiento y la extradición y los principios definitorios de la extradición, en este apartado solo se procederá a su enunciado.

real de las mismas. Algunos autores consideran que la extradición sigue estando a día de hoy concebida como una práctica institucional entre y para el beneficio de los Estados, no contemplando apenas los derechos de los individuos, considerados objetos en este procedimiento²⁰⁹.

El problema principal que se deriva de esta concepción es que el individuo, sujeto del procedimiento de extradición, no puede exigir a ninguno de los Estados implicados la observancia de la práctica consuetudinaria y principios internacionalmente reconocidos de derecho extradicional²¹⁰.

Yendo un paso más allá, en tanto que los Tratados de extradición son tradicionalmente vistos como acuerdos interestatales cuyo cumplimiento solo puede ser exigido por los Estados parte, en ausencia de denuncia por parte del Estado agraviado, el individuo objeto de la extradición carece de legitimación activa para denunciar el incumplimiento del Tratado, que en ocasiones se puede traducir en violación de sus derechos humanos²¹¹.

Existen, sin embargo, casos en los que se ha reconocido que un individuo que ha sido extraditado en aplicación de un Tratado, está legitimado para manifestar aquellas objeciones afirmadas por el Estado requerido²¹².

Si bien la primera postura doctrinal ha sido tradicionalmente la dominante, desde hace unos años, ha ido surgiendo una tendencia hacia el reconocimiento del carácter ejercitable de los derechos en el proceso de la extradición por parte de la persona reclamada²¹³.

No obstante, independientemente de la evolución en las legislaciones nacionales del papel del individuo objeto de extradición, tanto el derecho internacional de extradición, a través de sus principios configuradores, como el derecho internacional de los derechos humanos, confieren al individuo derechos exigibles a cualquiera de los Estados involucrados en el proceso, mediante el recurso a los sistemas de protección de derechos humanos internacionales o regionales analizados.

Debe subrayarse que la violación de estos derechos, reconocidos en instrumentos regionales por los Estados firmantes del Convenio Europeo para

²⁰⁹ BASSIOUNI, M.C, *International Extradition: United States...op cit.*, p. 38. Este autor reconoce y lamenta que el individuo objeto de la extradición siga siendo considerado un objeto del procedimiento. CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, Parte General I*, Ed. Tecnos, Madrid 2004, p. 275: "La extradición es una forma de cooperación o entreayuda judicial internacional y no una manifestación del ejercicio del *ius puniendi* del Estado que la concede". También en el ámbito académico español prevalece la tendencia a considerar la extradición como una práctica entre Estados, en la que el individuo actúa como objeto de la misma. En este sentido se manifiestan JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal, II*, 3ªed., Ed. Losada, Buenos Aires, 1961, p. 884, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal internacional e internacional penal, II*, CSIC, 1955, pp. 193-194; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español, Parte General* 18ª ed., Dykinson, 1995, p. 238.

²¹⁰ BASSIOUNI, M.C, *International Extradition: United States...op. cit.*, pp. 37-38.

²¹¹ Este principio fue afirmado en EEUU, en el caso EEUU c. Noriega, 746 F. Supp. 1506, 1533 (S.D. Fla 1990): "as a general principle of international law, individuals have no standing to challenge violations of International treaties in the absence of protest by a sovereign involved".

²¹² EEUU c. Puentes, 50 F.3d 1567, 1573-74 (11th cir.1995).

²¹³ CUERDA RIEZU, A., "La extradición y la orden europea de detención...op cit.", p. 45.

la Protección de los Derechos Humanos²¹⁴ y de las Libertades Fundamentales o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²¹⁵, sólo da lugar a una indemnización por daños, sin llegar a invalidar el acto ilegítimo perpetrado por el Estado. Esta situación evidencia una vez más el carácter deficiente de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos. A ello se une la protección de la soberanía nacional por parte de los Estados, que en ocasiones pervierte el significado de la inviolabilidad del poder estatal utilizándose, a través de una regulación *sui generis* de la figura de la extradición, para evitar la efectiva aplicación de los derechos humanos.

Resulta curioso notar que mientras el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un Tratado de extradición que resulte en la violación de los derechos del individuo objeto de la misma, no constituye, *per se*, una violación del derecho internacional, si ese incumplimiento vulnera los derechos reconocidos a terceras partes en virtud del tratado, sí estaríamos ante una violación del derecho internacional²¹⁶.

2.1.3. Evolución del rol de los derechos humanos y las garantías procesales en el proceso de extradición

²¹⁴ El artículo 5.1.c. del Convenio Europeo, al regular el derecho a la libertad y a la seguridad articula la posibilidad de privar a una persona de libertad, para hacerla comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción. Entre los derechos que se le reconocen a la persona que está en esta situación podemos encontrar el “ser conducida sin dilación a la presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento”. El apartado 1.f. se refiere específicamente a la posibilidad de privar de libertad a una persona que tenga en curso un procedimiento de extradición. Esto hace difícil la aplicación extensiva de los derechos que, enumerados en el apartado 3, parecen reconocerse específicamente a aquellas personas detenidas para ser juzgadas (apartado 1.c). No obstante, el derecho a ser informada de los motivos de la detención y de cualquier acusación formulada contra ella, el derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial para que se pronuncie en breve plazo sobre su privación de libertad y el derecho a una reparación en caso de ser víctima de una detención contraria a las disposiciones de este artículo, son de aplicación general a todos los supuestos de detención, incluyendo la detención para extradición.

²¹⁵ Artículo 7, en términos similares, se reconoce el derecho a la libertad personal y el derecho de la persona detenida o retenida a ser llevada ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y de ser juzgada en un plazo razonable o ser puesta en libertad. También se regulan las garantías procesales y el principio de legalidad. El artículo 63 se refiere a la indemnización como única consecuencia que se deriva de la violación de los derechos reconocidos.

²¹⁶ Los EEUU han defendido el carácter interestatal del proceso de extradición en perjuicio de la capacidad de la persona objeto de la extradición para denunciar la violación de sus derechos humanos en el marco del mismo. En este sentido, el argumento esgrimido por el Tribunal en el caso *Jaffe c. Boyles* en el que Jaffe fue secuestrado estando en Canadá por agentes privados estadounidenses y llevado a EEUU, se basa en que el tratado de extradición sólo genera obligaciones para los Estados parte, sin que la persona objeto de la extradición tenga reconocida la capacidad para denunciar la violación de sus derechos como consecuencia del proceso de la extradición. GILBERT, G., *Transnational Fugitive Offenders in International Law, Extradition and other mechanisms*, *International Studies in Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1998, p. 342, en referencia al caso *Jaffe c. Boyles*, 616, F.Supp 1371 (1985).

Al formular la obligación de extraditar o juzgar en los Convenios de Ginebra de 1949, se evitó la utilización del término “extradición” porque se consideró que su ejecución podía ser problemática²¹⁷, y fue sustituido por “entrega²¹⁸”.

La entrega se condicionó a que se cumpliera con el requisito *prima facie*, propio del sistema anglosajón (*common law*), que exige que se acompañe a la solicitud de extradición indicios que determinen la posible implicación del reclamado en el delito que se le imputa. Este requisito tiene como finalidad garantizar la igualdad de tratamiento de todas aquellas personas que hayan de comparecer ante un tribunal de justicia²¹⁹.

La introducción de esta exigencia tiene una doble lectura: por un lado es evidente que la elección del término responde al interés en facilitar o simplificar la extradición, en tanto que sería más fácil para un Estado presentar pruebas constitutivas de un caso *prima facie* y conseguir así la entrega, que someterse a las más complejas normas de la extradición en virtud de las cuales se corre el riesgo de que la petición sea denegada. Por otro lado, la introducción del requisito *prima facie* puede interpretarse como un aumento de las garantías, en tanto que introduce una valoración judicial en el proceso de la extradición (o entrega), que deja de ser un procedimiento controlado exclusivamente por el poder ejecutivo.

En cualquier caso, no puede obviarse el papel cada vez más importante que han ido adquiriendo los derechos humanos en los procesos de rendición, extradición o entrega, convirtiendo la mera consideración de si estamos ante un caso *prima facie* para conceder la extradición en insuficiente²²⁰.

La consolidación de “la existencia de motivos razonables para creer que la persona cuya extradición se solicita, en caso de ser extraditada, se enfrenta a un riesgo real de ser sometida a tortura o tratos inhumanos o degradantes”, como estándar mínimo para justificar la denegación de la extradición en base a una posible vulneración de derechos humanos, es un reflejo más de la cristalización de los mismos como elemento esencial de la figura de la extradición. Este estándar, que se definió en el caso Soering²²¹ por el Tribunal Europeo de

²¹⁷ Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Vol. II-B, pp. 116-117. Disponible en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/RC-Fin-Rec_Dipl-Conf-1949.html. Consultado el 26/10/2013.

²¹⁸ En concreto y en idioma original, se formula de la siguiente manera: “handing such persons over for trial to another High Contracting party concerned, provided such other High Contracting party has made out a *prima facie* case”. *Id.* p. 162.

²¹⁹ GARCÍA BARROSO, C., *Procedimiento de extradición...op. cit.*, p. 96.

²²⁰ DUGARD, J., y VAN DEN WYNGAERT, C., “Reconciling Extradition with Human Rights...op. cit. Para una visión de la evolución en el reconocimiento de estos derechos en el ámbito europeo y español véase PÉREZ MANZANO, M., “La extradición: una institución constitucional...op. cit.

²²¹ TEDH, Asunto Soering c. Reino Unido, sentencia de 7 de julio de 1989, solicitud núm. 14038/88. Este estándar vuelve a confirmarse en el caso Klein. TEDH, Asunto Klein c. Russia, sentencia de 1 de abril de 2010, solicitud núm. 24268/08. En el mismo sentido, en el célebre caso del clérigo musulmán Abu Qatada, la posibilidad de ser víctima de torturas y no disfrutar de un juicio justo motivó que el Reino Unido, incluso contraviniendo una decisión previa del

Derechos Humanos con relación a las torturas, fue confirmado posteriormente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el caso Ng c. Canadá²²². Debe subrayarse aquí que la doctrina entiende este estándar aplicable a los que considera el núcleo duro de los derechos humanos²²³.

2.2. La entrega a un Tribunal Internacional

TEDH, frenara su deportación a Jordania. GERANMAYER, E., “Abu Qatada wins appeal against deportation”, en *ilawyerblog*, 12 de noviembre de 2012. Disponible en <http://ilawyerblog.com/abu-qatada-wins-appeal-against-deportation/>. Consultado el 26/10/2013. Sobre el riesgo de ser sometido a torturas o tratos inhumanos como excepción a la extradición se han escrito ríos de tinta. Véanse, a modo de ejemplo, los siguientes trabajos: SCHNEIDER, J., “La jurisdicción del tribunal europeo de derechos humanos en casos de extradición a propósito del caso Klein c. Rusia”, *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 31, núm. 91, 2010, pp. 49-63; ROLDÁN BARBERO, “La extradición y la pena de muerte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: la sentencia Soering de 7 de julio de 1989”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 17, núm. 2, pp. 537-558; BELTRÁN DE FELIPE, A., y NIETO MARTÍN, A., “Post 9/11 Trends in International Judicial Cooperation”, *Human Rights as a Constraint on Extradition in Death Penalty cases*, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, núm 3, pp. 581-604; SHEA, M., “Expanding judicial scrutiny of human rights in extradition cases after Soering”, *Yale Journal of International Law*, vol. 17, núm. 1, Invierno 1992, pp. 85-138; GILBERT, G., “State sovereignty as a guarantee of an individual’s human rights-Selected aspects”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 21, 1994, pp. 121-144. Precisamente en el momento en el que se están escribiendo estas líneas, está pendiente, ante la Audiencia Nacional española, la extradición de Alexander Pavlov, guardaespaldas del principal opositor del régimen kazajo a este país. Pesan sobre este caso las sospechas de que, de ser extraditado, Pavlov, acusado de colaborar en la organización de unos atentados terroristas que no llegaron a perpetrarse, podría ser víctima de torturas. SÁNCHEZ, G., “La Audiencia vuelve a aplaza la sentencia sobre la extradición del disidente kazajo”, *El Diario*, 23 de octubre de 2013. Disponible en http://www.eldiario.es/desalambre/Audiencia-Nacional-extradita-opositor-politico_o_188981383.html. Consultado el 16/10/2013.

²²² Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Ng c. Canadá, Comunicación núm. 469/1991 de 7 de enero de 1994.

²²³ No existe, entre los autores, un consenso absoluto acerca de qué derechos deben constituir ese núcleo duro de derechos humanos que debe en todo caso regir el procedimiento de extradición y de entrega. Algunos consideran que este núcleo está compuesto por el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud y la libertad frente a las leyes penales retroactivas, PLACHTA, M., “Contemporary problems of extradition: human rights, grounds for refusal...*op cit.*”, p. 65; otros consideran los siguientes derechos (o el riesgo de violación de los mismos a través de estos actos) como obstáculos a la extradición: pena de muerte, tortura, discriminación, derecho a un juicio justo y el derecho a la intimidad, DUGARD, J., y VAN DEN WYNGAERT, C., “Reconciling Extradition with Human Rights...*op. cit.* Sobre lo que sí puede inferirse un consenso, determinado por la naturaleza de *ius cogens* de la prohibición de tortura, es sobre la activación del principio de *non-refoulement* en los casos en los que exista riesgo de torturas. Así lo han manifestado tanto el Relator Especial para la Tortura en sus recomendaciones generales (letra O). Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/SRTorture/recommendations.pdf> como la Asamblea General de Naciones Unidas en una Resolución aprobada el 28 de marzo de 2011 sobre la base del informe de la tercera Comisión (A/RES/65/205), párr. 16: “Insta a los Estados a que no procedan a la expulsión, devolución (“refoulement”), extradición o traslado de cualquier otra manera de ninguna persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que dicha persona correría peligro de ser sometida a torturas, y reconoce que las garantías diplomáticas cuando se utilicen, no eximen a los Estados de sus obligaciones con arreglo a las normas internacionales de derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho de los refugiados, en particular el principio de no devolución”.

La figura de la entrega a un tribunal penal internacional ha sido considerada como un elemento fundamental de la cooperación de los Estados con el derecho penal internacional, distinguiéndose de la extradición, que hace referencia a la cooperación a nivel interestatal²²⁴.

El propio Estatuto de Roma corrobora, en su artículo 102, esta distinción:

“A los efectos del presente Estatuto:

a) Por "entrega" se entenderá la entrega de una persona por un Estado a la Corte de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto;

b) Por "extradición" se entenderá la entrega de una persona por un Estado a otro Estado de conformidad con lo dispuesto en un tratado o convención o en el derecho interno”.

La obligatoriedad de respetar y proteger los derechos humanos en el marco de un proceso de entrega responde, en el caso de los tribunales penales internacionales, a su vinculación directa por el derecho internacional²²⁵.

Sin perjuicio de ello, este procedimiento presenta algunas diferencias en su regulación con respecto a la figura clásica de la extradición. En el ámbito de las garantías procesales, estas variaciones afectan principalmente a la regulación de las excepciones a la entrega, que pueden identificarse con los motivos de denegación de la extradición.

A efectos de la aplicabilidad de estas excepciones a la entrega, es necesario distinguir entre los Tribunales para la Ex Yugoslavia y Ruanda creados por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII²²⁶, la Corte Penal Internacional, establecida mediante un Tratado Internacional, el Estatuto de Roma²²⁷ y los Tribunales Especiales para Sierra Leona²²⁸ y para el Líbano²²⁹, nacidos a raíz de acuerdos entre los respectivos gobiernos y Naciones Unidas.

²²⁴ Sobre las similitudes de la figura de la entrega en relación a los tribunales penales internacionales y la obligación de entrega bajo la Orden Europea de Detención, véase DEEN-RACSMÁNY, Z., “Lessons of the European Arrest Warrant for Domestic Implementation of the Obligation to Surrender Nationals to the International Criminal Court”, *Leiden Journal of International Court*, vol. 20, 2007, pp. 167-191.

²²⁵ El reconocimiento de estos derechos se desprende de la propia jurisprudencia de los Tribunales internacionales. TPIR, Fiscal c. Barayagwiza, caso núm. ICTR-97-19-AR72, Auto que resuelve la solicitud de revisión o reconsideración de la Fiscalía de 31 de marzo de 2000, párrs. 54 y ss; véase también TPIR, Fiscal c. Kajelijeli, Sala de Apelación, caso núm. ICTR-98-44^a-A, Sentencia de 23 de mayo de 2005, párrs. 226-227.

²²⁶ Resolución 827 del Consejo de Seguridad de 25 de mayo de 1993, Doc. NU. S/RES/827 y Resolución 955 del Consejo de Seguridad de 8 de noviembre de 1994, Doc. NU. S/RES/955.

²²⁷ El Estatuto de Roma entró en vigor el 1 de julio de 2002, dos meses después de conseguir las 60 ratificaciones requeridas.

²²⁸ Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona para el establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona de 16 de enero de 2002.

²²⁹ Acuerdo entre las Naciones Unidas y la República del Líbano para el establecimiento del Tribunal Especial para el Líbano realizado en virtud de la Resolución 1664 (2006) de 29 de

En el caso de los tribunales creados mediante resolución del Consejo de Seguridad en aplicación del Capítulo VII, su jurisdicción preferente y obligatoria viene recogida en sus Estatutos, en los artículos 8 y 9 respectivamente. En su artículo 58, las Normas de Procedimiento y Prueba de estos Tribunales declaran que los motivos de denegación de extradición regulados a nivel nacional o internacional no son de aplicación en el ámbito de competencia de estos órganos. Esta posición privilegiada con respecto a la extradición se justifica por la necesidad de eficiencia y por el respeto a las garantías procesales que se presumen inherentes a estos tribunales²³⁰.

Tanto la denegación de la extradición de nacionales como la excepción del delito político forman parte de lo que la doctrina considera los motivos tradicionales de denegación de la extradición y, en tanto que encuentran su fundamento en la soberanía nacional, su aplicación resulta inapropiada en una relación de cooperación vertical²³¹.

En cuanto al requisito de la doble tipicidad, definitorio de la extradición, la literatura y jurisprudencia internacional mantiene desde Núremberg una posición coherente con la aplicabilidad directa del derecho internacional en el contexto de los crímenes más graves, reduciendo la operatividad de este principio al ámbito interestatal.

El caso de la Corte Penal Internacional es diferente. La competencia de este órgano respecto a la lista exhaustiva recogida en el Estatuto de Roma es subsidiaria y sólo entra en funcionamiento a petición de un Estado parte, por resolución del Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII o mediante investigación de oficio por parte del Fiscal, cuando el Estado con competencia para ello carece de voluntad o capacidad para llevar a cabo la investigación y posterior enjuiciamiento²³².

A pesar de que la Corte se ha establecido mediante acuerdo, el reconocimiento de que en algunos casos puede llegar a ejercitar su competencia en aplicación del Capítulo VII, sugiere que en estos supuestos, el alcance de la

marzo de 2006 del Consejo de Seguridad, que responde a la petición de creación del mismo efectuada por parte del gobierno del Líbano.

²³⁰ TEDH, Asunto Naletilic c. Croacia, Decisión sobre la admisibilidad de 4 de mayo de 2000, solicitud núm. 51891/99. Se deniega la admisibilidad de la denuncia ante el Tribunal por violación del artículo 6, garante del derecho a un juicio justo. El denunciante alega que el TPIY no es un tribunal independiente e imparcial y que, de ser entregado al mismo, corre el riesgo de recibir un castigo mucho más grave que el que recibiría si fuese juzgado por los tribunales domésticos croatas: "The Court recalls that exceptionally, an issue might be raised under Article 6 of the Convention by an extradition decision in circumstances where the applicant risks suffering a flagrant denial of a fair trial. However, it is not an act in the nature of an extradition which is at stake here, as the applicant seems to think. Involved here is the surrender to an international court which, in view of the content of its Statute and Rules of Procedure, offers all the necessary guarantees including those of impartiality and independence".

²³¹ SLUITER, G., "Arrest and Surrender" en *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Ed. In chief Antonio Cassese, Oxford University Press, 2009, p. 252. Véase TPIY, Fiscal c. Blaskic, Sala de Apelación, Auto sobre la solicitud de la República de Croacia de revisar la decisión de la Trial Chamber II de 18 de julio de 1998, 29 de octubre de 1997.

²³² Artículos 13 y 17 del Estatuto de Roma.

regulación de los motivos de denegación de la entrega ha de ser idéntico al de los Tribunales *ad hoc* anteriormente analizados.

Por su parte, el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, también reconoce la jurisdicción preferente de este Tribunal, especificándose en el artículo 8.2 que esta primacía opera sobre los tribunales nacionales de Sierra Leona. El hecho de que se trate de un Tribunal creado a través de un acuerdo con el Estado en cuyo territorio se cometieron los delitos, dota a esta jurisdicción preferente de un carácter consensuado²³³. El Gobierno de Sierra Leona ha consentido ceder en este ámbito parte de su soberanía nacional y permitir que el Tribunal Especial asuma una jurisdicción preferente sobre estos delitos ²³⁴. Esta cesión de soberanía que resulta en la prioridad de la competencia del Tribunal, nada tiene que ver con la jurisdicción preferente y obligatoria que el Consejo de Seguridad estableció en los casos de Ruanda y Yugoslavia en aplicación del Capítulo VII.

El Tribunal Especial para el Líbano sigue la línea marcada por su predecesor en Sierra Leona. Creado en virtud de un acuerdo entre la República del Líbano y las Naciones Unidas, también regula en el artículo 4 de su Estatuto la jurisdicción preferente de la que goza en relación a los tribunales nacionales²³⁵.

²³³ Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona para el establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona, firmado el 16 de enero de 2002. Disponible en <http://www.sc-sl.org/DOCUMENTS/tabid/176/Default.aspx>

²³⁴ En el caso de este Tribunal, conviene destacar que el mismo comenzó siendo un tribunal de carácter doméstico siendo precisamente el cuestionamiento de su legitimidad por Charles Taylor, ex Presidente de Liberia y actualmente condenado por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, lo que motivó que se dotara al mismo del apoyo de las Naciones Unidas a través del acuerdo constitutivo del Tribunal.

²³⁵ Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, establecido por Resolución del Consejo de Seguridad S/RES/1757 (2007) de 30 de mayo de 2007, en virtud de Acuerdo entre las Naciones Unidas y la República del Líbano.

“Artículo 4. Competencia concurrente.

1. El Tribunal Especial y los tribunales nacionales del Líbano tendrán competencia concurrente. En su ámbito de competencia, el Tribunal tendrá primacía respecto de los tribunales nacionales del Líbano.

2. En el plazo de dos meses desde que el Fiscal tome posesión de su cargo, según determine el Secretario General, el Tribunal Especial pedirá a la autoridad judicial nacional que conoce del caso del atentado contra el ex Primer Ministro Rafiq Hariri y otras personas que se inhiba. La autoridad judicial libanesa remitirá al Tribunal los resultados de la investigación y una copia de los autos, en su caso. Los detenidos en relación con la investigación quedarán bajo la custodia del Tribunal.

3. a) A petición del Tribunal Especial, la autoridad judicial nacional que conozca de alguno de los demás delitos cometidos entre el 1º de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005, o cualquier otra fecha posterior que se decida conforme al artículo 1, remitirá al Tribunal los resultados de la investigación y una copia de los autos, en su caso, para que los examine el Fiscal;

b) También a petición del Tribunal, la autoridad nacional de que se trate se inhibirá en favor del Tribunal. Dicha autoridad remitirá al Tribunal los resultados de la investigación y una copia de los autos, en su caso, y los detenidos en relación con tal caso quedarán bajo la custodia del Tribunal;

c) Las autoridades judiciales nacionales informarán periódicamente al Tribunal de los avances de su investigación. En cualquier fase del procedimiento, el Tribunal podrá formular a las autoridades judiciales nacionales un requerimiento oficial de inhibición”.

Hasta el momento, no se han dado casos de denegación de entrega a estos Tribunales Especiales por parte de los respectivos países. No obstante, en el hipotético caso de que uno de estos países se negara a la entrega de un acusado, reclamando competencia para conocer del caso, surgirían interesantes preguntas acerca de la legitimidad de una jurisdicción preferente establecida en virtud de un consentimiento que ahora se revoca e incluso de la aplicabilidad del principio *aut dedere aut judicare* a estos supuestos²³⁶.

Existe otro grupo de garantías procesales que siguen siendo de aplicación en este ámbito como el *non bis in ídem* y el principio de especialidad. En el caso del *non bis in ídem*, la regulación de esta garantía se formula en términos casi idénticos en los distintos estatutos de los tribunales²³⁷. No obstante, cabe resaltar la existencia de algunas diferencias entre la regulación de este principio en los Tribunales *ad hoc*, cuya finalidad era evitar que los tribunales nacionales ejercieran una competencia que normalmente tendrían atribuida y la articulación del *non bis in ídem* en el artículo 20 del Estatuto de Roma, que persigue garantizar el respeto a este principio tanto si el proceso se lleva a cabo por parte de los tribunales nacionales, con matices, como si se desarrolla en el seno de la Corte Penal Internacional.

Sin entrar en el fundamento filosófico de la legitimidad de la competencia de estos tribunales y abordando esta cuestión desde un punto de vista estrictamente procedimental, se puede concluir, a la luz de lo expuesto, que la inoperatividad de los motivos de denegación de la extradición analizados no representa, en el contexto de la entrega a los tribunales internacionales, un riesgo para los derechos de seguridad jurídica del acusado.

²³⁶ En el caso del Tribunal Especial para el Líbano, recientemente, la defensa de los acusados ha alegado formalmente la falta de competencia del Tribunal para conocer del caso. Los argumentos principales son: 1. Que el Consejo de Seguridad se excedió en sus competencias al dictar la Resolución 1757 en virtud de la cual se estableció el Tribunal en tanto que el referido atentado terrorista no representaba una amenaza para la paz y la seguridad internacional. 2. Que el Consejo también se excedió en sus poderes al delegar la competencia para aplicar el derecho nacional libanés a un tribunal internacional. 3. Que el Acuerdo entre el Gobierno del Líbano y las Naciones Unidas no respetó los requisitos y formalidades constitucionales y legales, no siendo, por tanto, válido. Tribunal Especial para el Líbano, Recurso en nombre de Salim Ayyash cuestionando la legalidad del Tribunal Especial para el Líbano, caso núm. STL-11-01/PTC/TC de 4 mayo de 2012. El Tribunal, en primera instancia desestimó estos argumentos, decisión que fue recurrida. La Sala de Apelación del Tribunal resolvió en el mismo sentido el 24 de octubre de 2012, alegando entre otras cosas, que el Tribunal no es competente para juzgar la decisión del Consejo de Seguridad estableciendo que un determinado hecho representa una amenaza para la paz y seguridad mundial. Tribunal Especial para el Líbano, Fiscal c. Ayyash, Badreddine, Oneissi y Sabra, Sala de Apelación, caso núm. STL-11-01/PT/AC/AR90.1, Auto resolviendo el recurso de apelación de la defensa contra la decisión del Tribunal de Primera Instancia sobre la legalidad del Tribunal Especial para el Líbano. Fuera del ámbito de los tribunales penales internacionales creados en virtud de Resolución del Consejo de Seguridad, en estos momentos está cristalizando un importante precedente en el seno de la CPI a raíz del asunto Kenia y la decisión del gobierno de este país de retirar su instrumento de ratificación del Estatuto de Roma como resultado de la imputación del Primer Ministro de este país, Uhuru Kenyatta, por supuestos crímenes de lesa humanidad cometidos durante las revueltas que siguieron a las últimas elecciones presidenciales. Este asunto, de plena actualidad, será abordado en el capítulo V en mayor profundidad.

²³⁷ Artículo 10 del Estatuto del Tribunal para la Ex Yugoslavia; artículo 9 del Estatuto para Ruanda; artículo 9 del Estatuto para la Corte Especial de Sierra Leona, artículo 5 del Tribunal Especial para el Líbano y artículo 20 del Estatuto de Roma.

2.3. La entrega a nivel regional: la Euro-orden

2.3.1. Génesis

La creación de la Orden de Detención y Entrega Europea o Euro-orden representa un paso sin precedentes hacia la materialización de un Espacio Judicial Europeo. Algunos autores como Miranda Rodrigues, la describen como la primera concretización del principio de reconocimiento mutuo²³⁸.

En base a este principio, los Estados ejecutarán automáticamente las resoluciones dictadas por las autoridades judiciales competentes de otro Estado de la Unión Europea. La idea que subyace a este instrumento es la implantación de una cierta homogeneización, tanto de los ordenamientos jurídicos como de los sistemas de protección de derechos humanos²³⁹. La autoridad sólo puede negarse a la ejecución con base a unos motivos tasados (artículos. 3 y 4 de la Decisión Marco). En otras palabras, se trata de un instrumento cimentado sobre la confianza mutua de los Estados en sus respectivas legislaciones.

Formalmente, es la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros la que da vida a la Euro-orden, que pasa a sustituir a la extradición como instrumento de cooperación penal en el ámbito de la Unión Europea. Esta disposición comunitaria, publicada durante la Presidencia española del Consejo Europeo, no era directamente aplicable pero imponía a los Estados Miembros un plazo máximo para trasponerla o desarrollarla²⁴⁰.

Siguiendo la clasificación del profesor Cuerda Riezu, puede afirmarse que son tres las razones determinantes del surgimiento de esta figura: el fracaso de la vía convencional para simplificar la extradición, la sesión del Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999 en la que el Consejo Europeo decidió suprimir la

²³⁸ MIRANDA RODRIGUES, A., “La orden de detención europea y el principio de reconocimiento mutuo (II)” en *La orden de detención y entrega europea*, coord. por MUÑOZ DE MORALES, M., ARROYO ZAPATERO, L., y NIETO MARTÍN, A., Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, p. 37. Véase también, DEL POZO PÉREZ, M., “La orden europea de detención y entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea (!)”, *Diario La Ley*, núm. 6164, Sección Jóvenes Investigadores, 10 de enero de 2005.

²³⁹ Véase también, para una concepción de la Euro-orden y el principio de reconocimiento mutuo que presupone la existencia de un estándar común en el ámbito del reconocimiento de los derechos humanos, ALEGRE, S., y LEAF, M., “Mutual recognition in European Judicial Cooperation: a step too far too soon? Case Study- The European Arrest Warrant”, *European Law Journal*, vol. 10, nº2, marzo de 2004, pp. 200-217, p. 201; FICHERA, M., y JANSSENS, C., “Mutual recognition of judicial decisions in criminal matters and the role of the national judge”, *ERA Forum*, 2007, pp. 177-202, pp. 186-190.

²⁴⁰ En España, esta Directiva se incorpora al ordenamiento jurídico interno a través de la Ley 3/2003 de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, en vigor desde el 1 de enero de 2004.

extradición formal únicamente para las personas con condena firme y los atentados del 11 de septiembre de 2001²⁴¹.

El repaso del origen y surgimiento de esta figura requiere prestar una atención especial al papel desempeñado por España en este momento histórico. Con anterioridad a los atentados del 11 de septiembre, cuyo efecto concienciador de la necesidad de perfeccionar las medidas de lucha contra el terrorismo permitió la cristalización de una propuesta formal de Euro-orden, España había defendido, sin éxito, la sustitución de la extradición por el simple traslado policial desde el territorio de un Estado miembro al territorio de otro Estado miembro²⁴². Sin embargo, en el momento de gestación de esta figura, la utilización del texto de un acuerdo celebrado entre España e Italia para simplificar la entrega respecto a un número limitado de delitos como modelo para la construcción de la Euro-orden, otorgó a España un rol fundamental en la génesis de este instrumento.

2.3.2. Contenido

El procedimiento de la Euro-orden es un procedimiento estrictamente judicial, que se presenta como alternativa a la extradición tanto para el enjuiciamiento como para el cumplimiento de condena de un sujeto que se encuentra en el territorio de otro Estado. Nace, en palabras de Delgado Martín, para “incrementar la eficacia de la lucha contra la delincuencia, (...) mediante una optimización de la entrega de los sujetos procesales²⁴³”.

Su ámbito de aplicación se limita a los Estados miembros de la Unión Europea que han desarrollado en su ordenamiento interno la referida Decisión Marco.

Esta Decisión es aplicable a los delitos que pueden dividirse en dos grupos a tenor de los artículos 2 y 4 de la Decisión Marco. En el primer grupo, la entrega prescindirá del requisito del control de la doble incriminación cuando se trate de delitos castigados con una pena privativa de libertad de un máximo de al menos tres años en el ordenamiento jurídico del Estado emisor, siempre y cuando se trate de alguno de los delitos contenidos en la lista exhaustiva de 32 tipos del artículo 2.2 de la Decisión Marco. Existe un segundo grupo en el que la entrega podrá realizarse con un control de la doble incriminación en el caso de que se trate de delitos no incluidos en la mencionada lista del artículo 9.1, siempre que estén castigados, según la ley del Estado emisor, con penas privativas de libertad cuya duración sea al menos de 12 meses, o cuando la

²⁴¹ CUERDA RIEZU, A., *La extradición y la orden europea de detención...op cit.*, p.53.

²⁴² Para más detalles sobre esta propuesta, véase CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la Euro-orden de detención.. op cit.*, p.48.

²⁴³ DELGADO MARTÍN, J., “La Orden Europea de Detención y Entrega”, *Diario La Ley*, nº 6205, Sección Doctrina, 8 de marzo de 2005.

reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad²⁴⁴.

A los efectos de este trabajo, el crimen de lesa humanidad respecto del cual se pretende averiguar la aplicabilidad del *aut dedere aut judicare*, forma incuestionablemente parte del primer grupo. Al recogerse específicamente como uno de los 32 delitos para cuya entrega no debe practicarse el control de doble incriminación, la lucha contra la impunidad en este contexto regional se beneficia de este sistema de cooperación de sistemas penales basado en el reconocimiento mutuo y en el respeto a los derechos humanos²⁴⁵.

2.3.3. Evolución en la regulación de los derechos de seguridad jurídica

Las regulaciones procesales de los distintos Estados de la Unión Europea han ido aproximándose, asumiendo un papel preponderante en la dotación de contenido del principio de reconocimiento mutuo. Paralelamente, la doctrina ha venido insistiendo en la importancia de que esta armonización procesal venga acompañada de una armonización sustantiva²⁴⁶.

No obstante, este apartado centra su atención en la parte procesal, ya que tiene por objeto abordar la regulación y evolución de los derechos de seguridad jurídica en el ámbito de la Euro-orden.

Debe destacarse que el aumento de la presencia de los derechos humanos como criterio inspirador del proceso de extradición también se ve reflejado en la construcción jurídica de este instrumento europeo²⁴⁷.

²⁴⁴ Artículos 2.1 y 4.1 de la Decisión Marco. Para una visión crítica del sistema de doble incriminación por el que ha optado la Euro-orden véase, entre otros, LÓPEZ ORTEGA, J.J., “Apéndice. El futuro de la extradición en Europa” en CEZÓN, C., *Derecho extradicional...op. cit.*, Madrid, 2003, p. 328; CASTILLEJO MANZANARES, R., “El procedimiento español para la emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 587, 2003 p. 4.

²⁴⁵ MORGAN C., “The European Arrest Warrant and Defendant’s Rights: an overview”, en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A., *European Criminal Law: an overview*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010, p. 330.

²⁴⁶ WEYEMBERGH, A., “L’harmonisation des procédures pénales. C’est une condition nécessaire pour l’implémentation du mandat d’arrêt européen ?” en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A., *European Criminal Law: an overview*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010, p. 108. Para un estudio exhaustivo y sistemático del fenómeno de la armonización penal véase DELMAS-MARTY, A., PIETH, M y SIEBER, U., *Los caminos de la armonización penal*, coord. MUÑOZ MORALES, M., Tirant lo Blanch, 2009, obra gestada entre 2005-2008 que presenta los resultados de una reflexión colectiva por parte de un grupo de expertos penalistas de todo el mundo.

²⁴⁷ En efecto, la doctrina viene evidenciando, desde la puesta en marcha de este instrumento, la tensión que, como resultado de su aplicación, se genera entre el reconocimiento mutuo y los derechos fundamentales. AMALFITANO, C., “Mandato d’arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?”, *Diritto penale contemporaneo*, 4 de julio de 2013; MORGAN, C., “La orden de detención europea y los derechos del detenido” en *La orden de detención y entrega europea*, coord. por MUÑOZ DE MORALES, M., ARROYO ZAPATERO...op. cit., pp. 307-318; CASTILLEJO MANZANARES, R., “La orden de detención y entrega europea. El sistema de garantías de los ciudadanos de la Unión”, *Diario La Ley*, núm.

Una de las manifestaciones más evidentes de esta tendencia puede apreciarse en la referencia que en el artículo 16.3, regulador de los casos de conflicto entre una orden de detención europea y una solicitud de extradición, se hace a “los derechos fundamentales y principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea²⁴⁸”, como elemento a considerar por parte de la autoridad competente del Estado miembro de ejecución.

Siguiendo el criterio de clasificación de Caroline Morgan, las garantías procesales de las que puede disfrutar una persona objeto de una Orden Europea de Detención y Entrega pueden dividirse en tres categorías: las garantías procesales recogidas en el CEDH y otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos; las garantías más específicas de aplicación a todos los procedimientos penales y las garantías articuladas en el texto de la Decisión Marco creadora de la Euro-orden.

El primer grupo ya ha sido analizado en detalle en el capítulo I de este trabajo. En el segundo grupo pueden incluirse aquellas garantías adicionales propuestas por la Comisión el 28 de abril de 2004²⁴⁹, que comprenden el asesoramiento legal antes y durante el juicio.

En cuanto a las garantías inherentes a la Euro-orden, sin perjuicio de la aplicación del CEDH, esta figura introduce innovaciones con respecto a la extradición en el ámbito de las garantías procesales. Así, el artículo 26 reconoce el descuento automático de la condena del tiempo que el acusado haya estado privado de libertad en ejecución de una Euro-orden. Por otro lado, el artículo 23 establece un límite máximo de 90 días para la entrega.

Con la finalidad de ejemplificar la evolución del proceso de armonización de los derechos de seguridad jurídica que ha tenido lugar en el contexto de la Euro-orden, se procederá al análisis de dos garantías concretas: el principio de no extradición de nacionales y el derecho a estar presente en el proceso.

Principio de no extradición de nacionales

6155, 27 de diciembre 2004; SAVY, D., “Violazione dei diritti fondamentali e rifiuto di consegna nel mandato di arresto europeo”, *Diritto penale contemporaneo*, 14 de noviembre de 2012.

²⁴⁸ Este artículo se refiere a los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000. Son relevantes en el marco de esta investigación el artículo 19, que regula la protección frente a la posible extradición a un Estado en el que la persona corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes y el Capítulo VI, en general, que, dedicado a la justicia, articula derechos procesales como el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, el principio de legalidad o el principio “*non bis in idem*”, todos ellos estrechamente relacionados con el proceso de extradición.

²⁴⁹ Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea, presentada por la Comisión, COM(2004) 328 final de 28.04.2004. Para una detallada recapitulación de las propuestas para Decisiones Marco en este ámbito véase MORGAN C., “The European Arrest Warrant and Defendant’s Rights: an overview...*op. cit.*”, pp. 334-336.

El reconocimiento del principio de no extradición de nacionales en el ámbito europeo se remonta a la Convención relativa a la Extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, que lo recoge en su artículo 7²⁵⁰.

Sin embargo, la articulación de este principio en la Decisión Marco relativa a la Euro-orden introduce algunas novedades. En primer lugar, en tanto que basada en el principio de confianza, la Decisión Marco no permite a los Estados formular una reserva general a la aplicación de este principio. En segundo lugar, la Decisión Marco detalla los requisitos que permiten condicionar o denegar la extradición de un nacional. Por último, la Decisión Marco extiende el régimen de aplicación a nacionales a otras categorías de personas, en particular a los residentes²⁵¹.

El caso Darkazanli²⁵², que enfrentó en 2005 a España y Alemania ante la negativa de éste último país a ejecutar una Euro-orden dictada por la Audiencia Nacional española solicitando la entrega de un ciudadano alemán acusado de terrorismo, es considerado el caso de referencia en la construcción de este principio.

A raíz de la denegación de la entrega por parte de las autoridades alemanas, la ley que incorpora la Euro-orden al derecho interno es calificada como nula por el Tribunal Constitucional alemán. La argumentación se centra en el derecho constitucional de todo ciudadano alemán a ser oído en juicio con carácter previo a su extradición²⁵³.

Esta respuesta fue tomada por España como una amenaza al principio de reconocimiento mutuo que inspira la Euro-orden y en este sentido, adoptó la contramedida de no ejecutar Euro-órdenes provenientes de Alemania que solicitaran la entrega de ciudadanos españoles hasta que la situación no se aclarase.

Estos hechos han desembocado en la aprobación en Alemania de un nuevo instrumento de recepción de la Decisión Marco relativa a la Euro-orden que deja entrever que este país no está dispuesto a ceder su competencia en materia penal ni a incorporar plenamente el principio de reconocimiento mutuo. Esta ley añade nuevos límites y garantías, adoptando lo que algunos autores describen como un rol activo, que indirectamente busca llamar la atención sobre ciertas deficiencias en el procedimiento de “europeización penal” que

²⁵⁰ Convención relativa a la Extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 27 de septiembre de 1996. Esta Convención queda derogada en 2002 por la Decisión Marco relativa a la Euro-orden.

²⁵¹ 2002/584/JAI: Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, artículo 4. Véase DELGADO MARTÍN, J., “La Orden Europa de Detención y Entrega”, *Diario La Ley*, núm. 6205, 8 de marzo de 2005, p. 10.

²⁵² BERNSTEIN, R., “German High Court blocks Qaeda’s suspect’s extradition”, *New York Times*, 19 de julio de 2005. Disponible en http://www.nytimes.com/2005/07/19/international/europe/19germany.html?_r=1& Consultado el 25/10/2013.

²⁵³ Bundesverfassungsgericht 2236/04 de 18 de julio de 2005.

podrían representar una amenaza para los principios y garantías del Estado de Derecho²⁵⁴.

Derecho a estar presente en el proceso (los juicios *in absentia*)

A nivel europeo, la Decisión Marco que establece la Euro-orden no recoge como condición para la entrega el que el Estado requirente dé la oportunidad al acusado de estar presente en el proceso.

La regulación de esta cuestión ha sufrido una evolución desde la redacción original de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo que, en su artículo 5 admitía la posibilidad de supeditar la ejecución de la orden a que el Estado miembro de ejecución, si hubiera impuesto la pena o medida de seguridad privativa de libertad mediante una resolución dictada en rebeldía, garantizara que esa persona tuviera la posibilidad de pedir un nuevo proceso para asegurar su derecho de defensa y poder estar presente en el juicio.

Sin embargo, la Decisión Marco 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero, ha modificado la regulación de la orden contenida en la Decisión Marco 2002/584/JAI con la finalidad, precisamente, de armonizar la regulación de los motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin la comparecencia del imputado.

Consecuentemente, el artículo 5.1 queda derogado y se introduce un nuevo artículo 4 bis que exige nuevos requisitos para la denegación de la ejecución de la orden cuando el imputado no haya comparecido en el juicio.

Esta evolución es otro reflejo de la tensión existente entre el reconocimiento mutuo, como herramienta para el fortalecimiento de un espacio de seguridad y el respeto a los distintos estándares de derechos humanos²⁵⁵.

²⁵⁴ DEMETRIO CRESPO, D., “L’affaire Darkanzanli. Au sujet de la déclaration de nullité pour la Bundesverfassungsgericht de la norme de transposition du mandat d’arrêt européen”, en ARROYO ZAPATERO; L., NIETO MARTÍN, A., *European Criminal Law: an overview*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010, pp Pp.284. Para otro desarrollo crítico del principio de no extradición de nacionales, véase DEEN-RACSMÁNY, Z., “A New Passport to Impunity? Non-Extradition of Naturalized Citizens...op. cit; NOHLEN, N., “Germany: The European Arrest Warrant Case”, *Journal of Constitutional Law*, enero 2008, Vol. 6, núm. 1, pp. 153-161.

²⁵⁵ El caso Pupino es el caso de referencia en esta cuestión. Enfrenta a Italia con Francia como consecuencia de las diferencias en el ámbito de las garantías procesales entre estos ordenamientos jurídicos. Por un lado, el Código Penal italiano contempla la posibilidad de que en determinados casos, el testimonio, tomado en la fase de investigación, tenga validez de prueba a pesar de no haber sido sometido a examen contradictorio de las partes en el juicio oral. Esto ocurre en el caso de delitos particulares (relacionados con ofensas sexuales) y en tanto que esta excepción persigue proteger a una víctima menor de edad y por lo tanto, especialmente vulnerable. El problema se plantea porque Italia defiende que sólo está regulada esta posibilidad respecto de los delitos con elemento sexual, ausente en el presente caso. En este supuesto, una maestra había sido acusada de maltratar, presuntamente, a sus alumnos. El argumento principal de Francia reside en que no se debe poder utilizar una Decisión Marco para alterar el derecho interno, sobre todo cuando esta alteración supone un perjuicio para los derechos del acusado. Sin embargo, la sentencia del Tribunal de Justicia deja sin efecto este razonamiento concluyendo que el derecho interno debe ser aplicado a la luz de los principios recogidos en la Decisión Marco, por lo que la no comparecencia en juicio de un menor que ha sido víctima de

Los principios inspiradores, el desarrollo legislativo, los mecanismos de protección de derechos humanos y garantías procesales mínimas así como los problemas surgidos en la aplicación práctica de esta orden representan importantes fuentes de estudio a tener en cuenta. En particular, es conveniente intentar extraer lecciones de los conflictos surgidos en torno al contenido y alcance de los derechos de seguridad jurídica y del principio de reconocimiento mutuo²⁵⁶. En este sentido, su experiencia puede y debe ser utilizada a nivel

maltrato se entiende justificada por los principios contenidos en los artículos 2 y 8 (derecho de protección) de la Decisión Marco, a la luz de la cual se debe interpretar el derecho interno de los Estados de la Unión. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, Sentencia de 16 de junio de 2005, núm. C-105/2003, párrafos 43 y 52. Disponible aquí. Consultada el 26/10/2013. Sobre este caso, para mayor detalle, véase MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “La aplicación del principio de interpretación conforme a las decisiones- marco: ¿hacia el efecto directo?: especial referencia al caso Pupino”, en *El derecho penal de la Unión Europea, situación actual y perspectivas de futuro*, coord. por. ARROYO ZAPATERO, L.A., NIETO MARTÍN, A., MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 2007, pp. 291-324. Una de las muestras más recientes de la evolución de esta cuestión ha venido protagonizada por el caso Melloni, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, Sentencia del 26 de febrero de 2013, núm. C-399/2011. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134203&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2506864> Consultado el 26/10/2013. Melloni era un ciudadano italiano que tras ser extraditado a Italia por parte de España en 1996, se fugó de este país. En 1997 fue condenado en rebeldía a 10 años de prisión por fraude bancario. En 2008 fue arrestado en España e intentó frenar su extradición a Italia recurriendo al Tribunal Constitucional y alegando que la extradición a este país violaría el derecho de estar presente en su juicio que reconoce el artículo 24.2 de la Constitución Española. El Tribunal Constitucional, a la luz de la reforma de la Decisión Marco que sobre esta precisa cuestión había tenido lugar en 2009, se dirige al Tribunal Internacional de Justicia para interrogar a este órgano sobre varias cuestiones. 1. ¿Debía la ejecución de una orden de detención europea, emitida para ejecutar una sentencia dictada en rebeldía, quedar condicionada al requisito de que la persona condenada tenga derecho a un nuevo juicio en el Estado miembro de emisión? 2. En caso de respuesta negativa, ¿es el artículo 4 bis, apartado 1, compatible con los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso equitativo y a la defensa garantizados en los arts. 47 y 48, apartado. 2, de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE?; 3. En caso de respuesta negativa, ¿avala el artículo 53 de la Carta esta doctrina con el fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de tales derechos fundamentales, según han sido reconocidos por nuestra Constitución? El Tribunal de Justicia Europeo responde afirmando que el artículo 4 bis, apartado 1 se oponía a que la autoridad judicial destinataria sometiera la ejecución de una orden de detención europea emitida para el cumplimiento de una pena impuesta en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro del juez emisor, afirmando que este artículo es plenamente compatible con los artículo 47 y 48 de la Carta. En cuanto a la tercera pregunta, el Tribunal, sobre la base de la primacía, unidad y efectividad del ordenamiento de la Unión, responde negativamente afirmando que el artículo 53 de la Carta no autoriza al juez nacional a aplicar el estándar de protección más alto del derecho humano recogido en su Constitución porque con ello se opondría a la aplicación de una norma común y atentaría contra el principio de primacía del derecho de la Unión. Véase sobre esta sentencia, HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., “Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Melloni y Akerberg Fransson (una notas de urgencia)”, *Revista de Jurisprudencia*, núm. 1, 4 de julio de 2013; MANACORDA, S., “Dalle carte dei diritti a un diritto penale “à la carte”?”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 de mayo de 2013; MORJIN, J., “Akerberg and Melloni: what the Court said, did and may have left open”, *Eutopia Law*, 20 de marzo de 2013; CIVELLO CONIGLIARO, S., y LO FORTE, S., “Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 de junio de 2013.

²⁵⁶ Una de las últimas contribuciones a este debate ha sido realizada por la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el caso Radu, a raíz de la consulta prejudicial de un juez rumano. El Tribunal afirma en este caso que de la Decisión Marco se desprende que las autoridades del país de ejecución de la Orden no pueden negarse a ejecutar una Orden que

internacional en la construcción y regulación de la obligación de extraditar o juzgar²⁵⁷.

persiga la investigación criminal sobre la base de que la persona requerida no había sido oída en el Estado miembro que la emite antes de que la misma fuera emitida. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, Sentencia de 29 de enero de 2013, núm. C-396-11. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=132981&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3815500#Footnote1>. Consultado el 25/10/2013. Para un examen crítico de esta sentencia véase DAVIES, A., “Radu-a case of failed dialogue”, *Eutopia Law*, 5 de febrero de 2013.

²⁵⁷ Autores como Cuerda Riezu defienden el modelo de la Euro-orden como ejemplo. “El método de la Euro-orden podría ser exportado a otras latitudes -estoy pensando especialmente en los países latinoamericanos-, pero siempre que exista una confianza elevada de los Estados en lo que se refiere a una homogeneidad en lo sustancial de sus ordenamientos jurídicos y a un nivel semejante de respeto hacia los derechos fundamentales. Siempre será preferible acudir a una cooperación judicial en este tema antes que al secuestro internacional de personas, que además de suponer una falta de respeto hacia la soberanía ajena, puede ser una fuente -nunca deseable- de peligrosos e innecesarios conflictos entre los Estados”. CUERDA RIEZU, A., “La extradición y la orden europea de detención y entrega...*op cit.*”, p. 49.

III - RIESGOS DERIVADOS DE LA EXPOSICIÓN A PROCEDIMIENTOS DE ENTREGA NO OFICIALES

3.1. Secuestros, detenciones, entregas extraordinarias y la extradición encubierta

La relación de los Estados con los derechos humanos tiene dos caras que con frecuencia están enfrentadas. Por un lado, las autoridades de todos los países tienen el deber de garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos a todas las personas que se encuentren en su territorio o bajo su jurisdicción. Este deber se ve reforzado a través de los mecanismos de control internacionales tales como los informes presentados por los Estados al Comité de Derechos Humanos²⁵⁸ o al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁵⁹, para los Estados parte en estos instrumentos. Por otro, los derechos humanos representan límites al poder del Estado²⁶⁰ y sólo tienen sentido, tal y como sostenía Peces Barba “en las relaciones de Derecho Público, entre autoridades, órganos del Estado y funcionarios por una parte, y ciudadanos por otra²⁶¹”.

Los derechos humanos, por tanto, sólo pueden ser vulnerados por el Estado cuando éste, bien lleve a cabo la violación directamente, bien no reaccione ante un acto de un sujeto privado que viole las pretensiones morales de los individuos que conforman la sociedad²⁶². Los casos objeto de estudio en este

²⁵⁸ Cuando el contenido afecte al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este caso también se puede recurrir a la vía de la reclamación mediante denuncias entre Estados partes ante el Comité de Derechos Humanos y las denuncias de los individuos de los Estados partes contra éstos, en virtud del Protocolo Facultativo I.

²⁵⁹ Cuando afecte al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²⁶⁰ Véase DE ASÍS, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites...op cit.*

²⁶¹ PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales... op. cit.*, pp. 617-618. La extensión de las garantías a las violaciones de derechos entre particulares ha dado lugar a confusión. La Escuela Alemana, al organizar los derechos fundamentales como derechos subjetivos, introdujo el concepto de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros. Esto, precisa el profesor Peces-Barba, no es contradictorio con la titularidad exclusiva del Estado de la capacidad para vulnerar los derechos humanos directamente o mediante la inacción y falta de protección frente a la violación: “No se debe hablar tanto de eficacia frente a terceros, lo que no es correcto, sino de ámbito de validez de los derechos fundamentales extendido a todas las relaciones jurídicas”. A pesar de que el derecho fundamental se vea vulnerado por la actuación de un sujeto jurídico privado, la reclamación por su violación se dirigirá al Estado, único titular de la obligación de garantizar la protección de estos derechos y por ende, único capacitado para violarlos a través del incumplimiento de esta obligación.

²⁶² El profesor Ansuátegui, partiendo de una postura positivista normativista que reconoce al derecho positivo como única realidad jurídica, hace una clara distinción entre a los que se refiere como derechos humanos, esto es, “las pretensiones morales derivadas de su dignidad (del individuo) que no se pueden hacer depender de determinados mecanismos político-jurídicos institucionalizados” y los derechos fundamentales, que sólo existen, según el autor “cuando en un ordenamiento jurídico, al que ellos están sometidos, existen normas de derechos fundamentales, esto es, normas pertenecientes a un ordenamiento jurídico que sitúan a los sujetos titulares de esos derechos en una determinada posición en el interior de un ordenamiento jurídico, y que satisfacen los criterios de validez formal y material de ese

apartado pertenecen al primer grupo. Por consiguiente, la responsabilidad del Estado es aún mayor en tanto que no se limita a violar los derechos humanos por inacción ante las conductas de otros ciudadanos, sino que ejecuta directamente, a través de sus instituciones y agentes, estas violaciones.

Este capítulo tiene como objetivo evidenciar los riesgos para los derechos humanos que se derivan del recurso, por parte de los Estados, a métodos alternativos a la extradición oficial como los secuestros, las entregas extraordinarias o los asesinatos selectivos.

3.1.1. Mala captus, bene detentus: cuando falla la extradición, ¿es el secuestro la solución?

Antes de entrar en el análisis concreto de los fenómenos que se han ido desarrollando como alternativas antijurídicas a la extradición, es necesario advertir aquí, frente a la tendencia existente en ámbitos políticos y a veces, jurídicos, a señalar una relación entre la consolidación de la protección de los derechos humanos y la articulación de “un derecho protector de los criminales²⁶³”.

Sin ánimo de entrar en un debate que ya ha sido superado, a pesar de que la realidad en ocasiones no parezca reconocerlo así, la propia construcción del sistema legal impide que este argumento se sostenga jurídicamente. En tanto que la presunción de inocencia representa el pilar de nuestro sistema de derecho, presumir que las garantías otorgadas a los sospechosos en el marco de un proceso de extradición o de enjuiciamiento protegen a los criminales es partir del presupuesto de que lo son. No es necesario ahondar en cómo esto representa una violación de la presunción de inocencia. En el caso de los procedimientos de extradición que tengan como objeto a un ya condenado, su culpabilidad, en tanto que no rebaja su condición de ser humano, tampoco justifica que se vulneren sus derechos humanos.

En el presente epígrafe se abordarán tres de las posibles consecuencias de no respetar el marco jurídico establecido para la extradición: el secuestro, la detención y entrega extraordinaria o extradición encubierta y el asesinato selectivo.

A nivel de relaciones entre Estados, en teoría, la extradición debe efectuarse siempre mediante un procedimiento rogado. La soberanía de los Estados funciona como límite a la actuación policial de los otros Estados. Si el acusado o condenado consigue escapar del Estado en el que ha delinquido o que tiene competencia para enjuiciarlo, automáticamente éste último deja de estar legitimado para continuar la persecución²⁶⁴.

ordenamiento”. ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., Ordenamiento jurídico y derechos humanos en TAMAYO ACOSTA, Juan José (dir.). *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Navarra: Editorial Verbo Divino, 2005, pp. 305-347, pp.310 y ss.

²⁶³ VILLAGRÁN KRAMER, F., “¡Mala Captus, Bene Detentus! El secuestro y la extradición irregular...*op cit.*”, p. 12, citando al penalista español Dorado Montero.

²⁶⁴ Esta afirmación debe ser matizada a la luz de las excepciones que se derivan de los acuerdos bilaterales y multilaterales de cooperación policial. Así, en el ámbito europeo véase la regulación de la persecución en caliente recogida en el Convenio para la aplicación del Acuerdo

A partir de este momento entran en funcionamiento las reglas del proceso de extradición, y el Estado que pretende ejercitar la acción penal contra el sujeto o hacerle cumplir la condena impuesta debe solicitar (o rogar) al otro Estado que le entregue a dicho sujeto.

Existen numerosas clasificaciones de los ya abordados derechos y garantías de las que goza el individuo en el marco de un proceso oficial de extradición²⁶⁵. El fin último de esta protección es evitar las extradiciones arbitrarias y asegurar, en el caso de las que procedan legalmente, el respeto de los derechos fundamentales del individuo extraditado²⁶⁶.

Sin embargo, esto no siempre ocurre así y a pesar de que en los casos que van a explicarse a continuación el Estado infractor persigue el mismo resultado que se obtendría a través de la extradición (esto es, tener al individuo en su territorio para poder dirigir contra él una investigación penal a la que le seguirá un enjuiciamiento), con estas vías de hecho se evita aplicar el procedimiento reglado²⁶⁷, violando con ello la ley.

Pero, ¿por qué existen estas técnicas? Básicamente son el resultado de la aplicación de la máxima *mala captus bene detentus* (la captura ilegal no

Schengen de 19 de junio de 1990 ó Schengen II (artículos 41-43). Para un tratamiento profundo de esta regulación, véase MORENO CATENA, V., El espacio judicial y penal en el marco del Convenio de Schengen, Anuario Residencia de Estudiantes “Fernando de los Ríos”: [1995-1996]. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1997, pp. 129-145 y GARCÍA SAN PEDRO, J., “La cooperación policial en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 10, 2006, pp. 201-218. Es necesario referirse también en este ámbito a la Convención de Prüm firmada el 27 de mayo de 2005 con el objetivo de profundizar en la cooperación transfronteriza en materia de delincuencia organizada, terrorismo e inmigración ilegal. A día de hoy, forman parte de la misma Austria, Bélgica, Alemania, Luxemburgo, los Países Bajos, Francia, España, Bulgaria, Estonia, Finlandia, Hungría, Rumanía, Eslovaquia y Eslovenia. Disponible en http://www.asser.nl/upload/eurowarrant-webroot/documents/cms_eaw_id1210_1_CouncilDoc.10900.05.Prum.Convention.pdf Consultado el 25/05/2012.

²⁶⁵ Sin perjuicio del consenso al que se ha ido llegando a través de tratados de extradición y evoluciones en las legislaciones nacionales, se siguen encontrando variaciones en el alcance y contenido de estos principios de unas legislaciones a otras. Sobre las distintas clasificaciones para abordar el estudio de esta cuestión en el ámbito español, véase GARCÍA SÁNCHEZ B., *La extradición en el ordenamiento interno español...op cit.*, Cap IV.

²⁶⁶ Para un análisis del progresivo calado del discurso de los derechos humanos en el ámbito de la extradición, véase *supra* nota al pie 201.

²⁶⁷ La especificación de que en los casos aquí abordados, el Estado persigue el mismo fin que se perseguiría a través del proceso de extradición, esto es, dirigir la acción penal contra el sospechoso, no es superflua. Es importante distinguir este supuesto de los casos en los que el secuestro, la detención y la entrega extraordinaria tienen como único fin la obtención de información mediante tortura para lo cual, en el caso de los EEUU y en el contexto de su célebre “guerra contra el terror”, se traslada a las personas detenidas a lo que la CIA ha denominado los “black sites”, prisiones secretas distribuidas en distintos países en las que los detenidos “desaparecen” por tiempo indefinido, sufren torturas tras lo cual, en muchas ocasiones, son dejados en libertad sin cargos. Amnistía Internacional, “Rendition” and secret detention: a global system of human rights violations, questions and answers”, índice: POL 30/003/2006, enero 2006. Disponible en <http://www.amnesty.org/en/library/asset/POL30/003/2006/en/db1dbfd1-d468-11dd-8743-d305bea2b2c7/pol300032006en.pdf>

precluye el ejercicio de la jurisdicción), en virtud de la cual los Estados reivindicán la jurisdicción *in personam* del sospechoso, sin entrar a valorar por qué medios se ha garantizado la presencia del mismo en el territorio, y por ende ante los tribunales del Estado.

En otras palabras, representa la institucionalización del maquiavélico principio que afirma que el fin justifica los medios y atenta contra los principios generales de Derecho que regulan el proceso: *nunquam decurritur ad extraordinarium sed ubi deficit ordinarium* (no debe acudir a medidas extraordinarias a menos que las ordinarias fallen)²⁶⁸ y *ex iuria non oritur* (los actos ilícitos no producen resultados legales)²⁶⁹.

Lo anterior nos conduce a la pregunta que encabeza este apartado, formulada en 1961 por un célebre académico a la luz del surgimiento de las acciones descritas como parte de la *Realpolitik* del momento²⁷⁰. La tolerancia hacia el recurso del secuestro, como alternativa a la extradición, había llegado a tal punto en este período que los Gobiernos llegaban a ofrecer recompensas, públicamente, a aquellas personas que detuvieran a presuntos delincuentes, incluso si lo lograban mediante el secuestro²⁷¹.

²⁶⁸ Este principio forma parte del derecho internacional y fue reconocido por el Tribunal Internacional de Justicia en 1959 en el caso *Interhandel* (Suiza c. EEUU).

²⁶⁹ BASSIOUNI, C., “Unlawful Seizures and Irregular Rendition Devices as Alternatives to Extradition”, *Vanderbilt Journal of International Law*, vol. 7, 1993, p. 25. El artículo 41.2 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10), reconoce, respecto de la violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general que “Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación”. En relación con el secuestro internacional, la “carga de la prueba” reside precisamente en probar que esa actuación por parte del Estado efectivamente supone una violación grave de una norma de *ius cogens*.

²⁷⁰ CARDOZO, M.H., “When Extradition Fails, is Abduction the solution?” (Note) *AJIL*, p. 55, citado en BASSIOUNI, C., *International Extradition: United States ...op. cit.*, p. 276.

²⁷¹ En 1964, El Gobierno de Alemania Occidental ofrecía 25.000 dólares por la entrega de Martin Bormann, conocido oficial nazi, pagándose, en el caso de que se hubiera realizado mediante secuestro, sólo si esto fuese aprobado por el Estado en el que se encontraba la persona. Véase *New York Times* del 24 de noviembre de 1964. Disponible en <http://select.nytimes.com/gst/abstract.html?res=FooE14FA3E59147A93C6AB178AD95F408685F9&scp=58&sq=Martin+Bormann&st=p> Consultado el 23/05/2012. No obstante, la tolerancia hacia este tipo de prácticas tiene un origen mucho más antiguo. Tradicionalmente, la jurisprudencia americana ha abogado por la validez de la jurisdicción *in personam*, incluso cuando los medios utilizados para posibilitar la presencia del sospechoso no hubieran sido legales. Así, en 1886, en el caso *Ker c. Illinois*, la Corte Suprema de Estados Unidos afirmó que un tribunal estatal americano estaba legitimado para ejercitar su jurisdicción sobre un sospechoso que hubiera sido secuestrado y llevado a los EEUU si el oficial enviado a recoger a esa persona a Perú, en este caso, “no encontrara a nadie a quien entregar los papeles de solicitud de extradición”. En 1952, esta doctrina fue reiterada en *Frisbie c. Collins*, un caso de secuestro por parte de los agente del Estado de Michigan en Chicago. (342 US. 519 (1956)). Estos dos casos dieron lugar a lo que se conoce como la doctrina *Ker-Frisbie*, aún vigente, que sería utilizada posteriormente en el caso *Álvarez-Machain* que se analizará más adelante. En el caso *Toscanino*, la Corte Suprema se apartó de esta tendencia al afirmar que un tribunal federal debe abstenerse de conocer del caso cuando la persona ha sido llevada ante el mismo en una clara vulneración de sus derechos. Sin embargo, esta nueva tendencia no llegó a consolidarse y en la actualidad la posición estadounidense continúa más vinculada a la doctrina *Ker-Frisbie* que al enfoque garantista que se comenzaba adivinar en el caso *Toscanino*. Así lo han confirmado las

En este apartado se analizará el concepto y el alcance de este fenómeno así como las implicaciones que su generalización puede tener en el Estado de Derecho.

3.1.2. Concepto y tipos de secuestro

Cuando una persona sospechosa de haber cometido un delito es secuestrada por agentes de un Estado distinto al Estado en el que se encuentra, *sin conocimiento* por parte de este último, estamos ante un secuestro internacional²⁷².

El asunto Eichmann se erige como el caso de referencia en este ámbito. A través de la descripción de los acontecimientos y conflictos resultantes del mismo, pueden inferirse los elementos básicos y definitorios de esta figura, así como el fundamento de la jurisdicción *in personam*, independientemente de los medios en virtud de los cuales se asegure la presencia del sujeto en el Estado que pretende enjuiciarlo.

Karl Adolf Eichmann fue uno de los principales arquitectos del Holocausto nazi. En 1960, fue descubierto por agentes israelíes en Argentina, donde vivía bajo una identidad falsa. Se desconocen los detalles de su secuestro y traslado a Israel, pero el anuncio de su detención por parte del entonces Primer Ministro, Ben Gurion, provocó protestas por parte de Argentina que reclamaba la devolución del Eichmann y el castigo de los secuestradores. Israel presentó entonces, una carta firmada por Eichmann en la que éste declaraba haber viajado a Israel de manera voluntaria. Al recibir esta respuesta, Argentina llevó la cuestión ante el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, afirmando que la violación de su soberanía nacional representaba una amenaza para la paz y la seguridad internacional. El Consejo de Seguridad, a través de la Resolución 138, dio la razón a Argentina y condenó la actuación de Israel²⁷³. Tras las disculpas oficiales de Israel, el juicio se celebró en Jerusalén y Eichmann fue condenado a muerte y ejecutado. Posteriormente, ambos Estados declararon haber dado el caso por cerrado²⁷⁴. En este asunto, dos cuestiones han suscitado un gran interés entre los autores: por un lado, la legalidad de la jurisdicción de los tribunales israelíes para conocer de un caso en el que la persona había sido trasladada mediante secuestro y por otro, la legalidad de un juicio celebrado por un país que, en el momento de la comisión del delito juzgado, no existía como tal y que no actuaba bajo el mandato internacional otorgado para la celebración de los Juicios de Núremberg. En su defensa, el tribunal israelí invocó la doctrina

sentencias dictadas con posterioridad en casos como el *Matta-Ballesteros c. Heman* (896 F.2d 255 (1990)), *EEUU c. Lovato* (520 F.2d 1279 (1975)) o *EEUU c. Cordero* (668 F.2d 32 (1981)) y el ya citado caso *Álvarez-Machain*.

²⁷² Para profundizar sobre el concepto, véase O'HIGGINS, P., "Unlawful seizure and irregular extradition", *British Yearbook of International Law*, vol. 36, 1960, p. 279, p. 296; REID, H., "Inter-State Rendition and the Illegal Return of Fugitives", *Howard Law Journal*, vol. 2, 1956, pp. 76-93.

²⁷³ Resolución 138 de 23 de junio de 1960, Doc. NU. S/4342 (1960) condena el secuestro y requiere una reparación por parte de Israel a Argentina: "Hechos como el considerado, que afectan a la soberanía de un Estado Miembro y por consiguiente provocan una fricción internacional, pueden, de repetirse, poner en peligro la paz y seguridad internacionales".

²⁷⁴ *The Times*, 4 agosto de 1960.

inglesa sentada por el caso Scott²⁷⁵, para afirmar que, aún en el supuesto de que hubiera estado involucrado en el secuestro, lo cual nunca llegó a admitir, seguiría gozando de jurisdicción sobre el caso.

Esta actuación no sólo vulnera los derechos humanos de la persona objeto del secuestro sino que representa una amenaza para el orden mundial en tanto que constituye una violación del proceso penal internacional²⁷⁶. También quebranta la soberanía del Estado en el que se efectúa el secuestro. Éste desconoce que se ha producido el secuestro internacional y por tanto, no puede oponerse a él. De esta manera, se le niega el derecho a decidir sobre la extradición del sujeto que se encuentra en su territorio.

En este sentido, para que el secuestro sea constitutivo de una violación del derecho internacional es necesario que concurren dos requisitos: a. las personas que lleven a cabo el secuestro deben ser agentes o actuar en nombre de un Estado distinto del Estado en el que se encuentra la persona víctima del secuestro y b. estos agentes deben actuar sin el consentimiento del Estado en el que se lleva a cabo el secuestro. En el caso Eichmann, la concurrencia del primero de los requisitos es sostenida por académicos como Bassiouni²⁷⁷, aunque nunca llegó a ser admitida por el propio Estado de Israel.

Esta definición, defendida en los años 70 por autores como Sponsler, está basada en la concepción originaria del derecho internacional como conjunto de normas reguladoras de las relaciones interestatales que concebían al individuo como objeto y no como sujeto de las mismas²⁷⁸. Su alcance, sin embargo, es

²⁷⁵Scott (Susannah), Ex parte (1829) 9B & C. 446. En este caso, los Tribunales británicos afirmaron gozar de jurisdicción para enjuiciar a Susannah, detenida en Bruselas por un agente británico y llevada por la fuerza al Reino Unido para ser juzgada por el delito de perjurio. En este caso ni siquiera se llegó a considerar si había habido violación del derecho internacional. Lo único que analizó el Tribunal fue la posible violación de los derechos nacionales de Bélgica y el Reino Unido. A finales del s.XIX y principios del s.XX hay muchas sentencias que corroboran esta afirmación en sus razonamientos. Sin embargo, subraya O'Higgins, en ninguno de los casos de los que conocían se había perpetrado una verdadera violación del derecho internacional consuetudinario. O'HIGGINS, P., "Unlawful seizure and irregular extradition...*op. cit.*", p. 281. En su análisis de este caso, Gilbert afirma que "Israel merely relied on Anglo-American precedent which ignores international public order, violations of the fugitive's human rights and State sovereignty", GILBERT, G., *Transnational Fugitive Offenders in International Law...op. cit.*, p.340.

²⁷⁶ Autores como Sponsler advierten de las consecuencias de esta práctica en el ámbito del comercio y en el desarrollo de la vida normal de los individuos, que se ven privados de la seguridad jurídica necesaria para llevar a cabo sus actividades normales: "El recurso a estos medios tiene un efecto desestabilizador en las relaciones internacionales; altera el flujo legal y previsto del comercio convirtiendo en inseguros los métodos normales de transporte; y priva a los individuos de la seguridad de poder confiar en la existencia de un marco de soberanía estatal y fronteras de un Estado al realizar sus actividades políticas y privadas". Traducción de la autora. SPONSLER, H.T., "International kidnapping", *International Lawyer*, vol. 5, núm. 1, 1971, p. 27. El presente trabajo parte de la hipótesis de que a través de la definición del alcance, contenido y naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar es posible identificar un consenso en torno a los elementos del proceso penal internacional. Para ello se partirá de un enfoque basado en derechos humanos.

²⁷⁷ BASSIOUNI, C., *International Extradition. United States...op. cit.*, p.281

²⁷⁸ BASSIOUNI, C., *International Extradition. United States...op. cit.*, p. 23; QUISPE REMÓN, F., "El reconocimiento del derecho al debido proceso en el derecho internacional...*op. cit.*", p. 247. Sobre el proceso de humanización del derecho internacional ver DONELLY, J., *Universal Human Rights in Theory...op. cit.*; ALSTON P. y MÉGRET F., *The United Nations and*

limitado ya que deja fuera del ámbito de protección del derecho internacional a aquellas personas que son víctimas de un secuestro por parte de agentes privados, que en última instancia, logran el objetivo de personar al individuo en el Estado correspondiente, tanto para su enjuiciamiento como para el cumplimiento de una condena. Son los llamados “voluntarios privados”²⁷⁹. En los últimos tiempos, sin embargo, el derecho internacional ha sufrido una importante evolución en el ámbito del reconocimiento de la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos cometidos por particulares. Así, hoy en día se puede afirmar que el Estado sería responsable por el comportamiento de los particulares “i) si esas personas al llevar a cabo el comportamiento tienen instrucciones precisas de lo que deben hacer o ii) si esas personas al llevar a cabo el comportamiento han sido dirigidos o controlados por el Estado, aunque este no le haya dado instrucciones precisas²⁸⁰”. En este marco, la profesora Manero Salvador distingue entre la “instrucción”, que considera una figura fácilmente identificable y la “dirección o control del Estado”, como cuestión más problemática²⁸¹. Con respecto a este segundo concepto, la autora da cuenta de la existencia de dos teorías: la teoría del control efectivo y la teoría del control global. Mientras que la primera “exige la individualización del comportamiento ilícito de que se trate y la prueba de la existencia de una relación directa entre la violación perpetrada y la actuación del Estado”, la segunda, se “centra en la contextualización de los ilícitos en el marco o conjunto de las acciones realizadas por las personas o grupo de personas autores de la violación de que se trate y el establecimiento de vínculos efectivos de dirección del Estado respecto a tales personas o al grupo en cuestión, sin necesidad de exigir el control sobre

Human Rights...op cit.; YOUNG, K., *The Law and Process of the UN Human Rights Committee...op cit.*, citados en QUISPE REMÓN, F. *El debido proceso en el derecho internacional...op. cit.*, p.111. Debe notarse que esta tendencia comenzaba a intuirse ya en algunos sectores de la doctrina hace más de 60 años. Así autores como Bourquin ya reconocían el creciente rol que el ser humano iba adquiriendo en lo que entonces se denominaba el derecho de gentes. BOURQUIN, M., *L'humanisation du droit des gens, La technique et les principes du Droit public-Études en l'honneur de Georges Scelle*, tomo I, Paris, LGDJ, 1950, pp.53-54.

²⁷⁹ Argumento utilizado en el caso Eichmann. En este caso se demostró que estos agentes operaban con el conocimiento o aquiescencia del Estado. Bassiouni advierte del peligro de que se acepte el argumento del “voluntario privado” porque ello significaría que los Estados podrían eludir su responsabilidad internacional permitiendo a sus agentes actuar como voluntarios privados. BASSIOUNI, C., *International Extradition. United States...op cit.*, p. 81. En la actualidad, esta problemática debe ser abordada desde la atribución de responsabilidad al Estado por actos realizados por agentes que se encuentren efectivamente bajo su control. Véase el artículo 8 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2002. Para profundizar en el debate acerca de la clasificación de los hechos internacionalmente ilícitos cometidos por los Estados en función de su gravedad, véase PELLET, A., “Can a State Commit a Crime? Definitively, Yes!”, *EJIL*, Vol. 10, núm. 2, 1999, pp. 425-434, p. 426 y JORGENSE, N.H.B., *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, New York, 2000, pp. 90-93.

²⁸⁰ MORENO FERNÁNDEZ, A., “La atribución al Estado de responsabilidad internacional por los hechos ilícitos de los particulares e intentos de flexibilización”, *REEL*, vol. 12, 2006, p. 21.

²⁸¹ MANERO SALVADOR, A., “Colombia y la responsabilidad internacional por desapariciones forzadas”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 28, 2012, pp. 105-141, p. 121.

todos y cada uno de los actos que integran el ilícito²⁸²". Tras un análisis de la evolución de la aplicación de estas teorías, concluye Manero Salvador que, "la balanza se va a inclinar definitivamente de la primera de las opciones, tal y como se deriva de la sentencia relativa al asunto sobre la aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio, que va a retomar la teoría del control efectivo, ya que «entiende que el criterio del control global presenta el grave inconveniente de ampliar el ámbito de responsabilidad del Estado bastante más allá del principio fundamental que gobierna el derecho de la responsabilidad internacional, a saber, que un Estado únicamente es responsable de su propio comportamiento, es decir, del de las personas que, por cualquier concepto actúen en su nombre. Para el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, el criterio del «control global» es inadecuado ya que distiende demasiado, casi hasta la ruptura, el nexo que ha de existir entre el comportamiento de los órganos del Estado y la responsabilidad internacional de éste último»²⁸³".

En el marco concreto que nos ocupa, de cara a la atribución de responsabilidad internacional a los Estados implicados de una u otra manera en un secuestro, también es importante distinguir la figura del secuestro en sentido estricto, de la "connivencia", término utilizado para describir el traslado de una persona en contra de su voluntad a otro territorio, mediante la cooperación entre agentes extranjeros²⁸⁴ y nacionales o exclusivamente mediante agentes nacionales que actúan para el Estado extranjero²⁸⁵. En este supuesto, en tanto que hay, como mínimo, aquiescencia por parte del Estado en cuyo territorio se lleva a cabo el "secuestro", no cabe hablar de violación de la soberanía nacional del Estado²⁸⁶.

²⁸² *Id.* La autora se apoya en la jurisprudencia del TIJ en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua en el primer caso, y en el razonamiento jurídico del TPIY en el caso Tadic, en el segundo caso.

²⁸³ *Id.*, pp. 121-122. Recuerda además esta autora, que en caso de que la imputación del comportamiento de un particular al Estado no prosperase, queda la vía de la imputación del ilícito por incumplimiento de su deber de debida diligencia, es decir, por no haber evitado la violación. En efecto, los deberes del Estado en el ámbito de los derechos humanos incluyen el deber de respeto pero también el deber de garantía, vertiente en la que se encuadra el posible incumplimiento del deber de debida diligencia.

²⁸⁴ Esto ocurre en los países que conocen y admiten el régimen de los "cazadores de recompensa" -bounty hunters-, quienes persiguen al sospechoso en cuestión, incluso más allá de sus fronteras, pasando por encima de la ley, movidos por la recompensa que ofrecen las autoridades policiales de un país determinado. VILLAGRÁN KRAMER, F., "¡Mala Captus, Bene Detentus! El secuestro y la extradición irregular...*op cit.*, p.13; BORELLI, S., Casting light on the legal black hole: international law and detentions abroad...*op cit.*, p.40.

²⁸⁵ BASSIOUNI, C., *International Extradition: United States...op cit.*, p. 280

²⁸⁶ En este sentido, la clasificación de O'Higgins de los tipos de secuestros y las distintas responsabilidades en cada caso resulta interesante. Así, distingue entre "a. Recuperación (Recovery) de delincuentes fugitivos en violación del derecho internacional; b. Captura (Apprehension) de un delincuente fugitivo en el territorio del Estado B por parte de particulares, nacionales del Estado A, con la connivencia de los agentes del Estado A; c. Captura de un delincuente fugitivo en el territorio del Estado B por parte de particulares, nacionales del Estado A, sin la connivencia de los agentes del Estado A; d. Captura irregular de un criminal fugitivo en el Estado B por un agente oficial del Estado B antes de ser extraditado al Estado A; y e. Entrega errónea de un delincuente fugitivo por parte de un Estado a otro". Traducción de la autora. O'HIGGINS, P., "Unlawful seizure and irregular extradition...*op cit.*, p. 279.

Se podría añadir que la definición de secuestro adoptada en esta sección corre también el riesgo de eximir de responsabilidad internacional al Estado extranjero que se “beneficia” del rapto, cuando el secuestro y la entrega son efectuados por los agentes del territorio del Estado en el que se encuentra la persona, a “petición encubierta” del primer Estado²⁸⁷.

Otra variación del secuestro tradicional consiste en la utilización del engaño para llevar al sospechoso o fugitivo al territorio del Estado que quiera aplicarle su jurisdicción²⁸⁸. En el caso Domínguez, esta acción obtuvo una respuesta sin precedentes en la jurisprudencia norteamericana: se decretó la abstención por parte de la jurisdicción competente para conocer del caso²⁸⁹.

3.1.3. Consecuencias y medios de defensa frente a los secuestros y las detenciones ilegales: soberanía nacional, derechos humanos y proceso legal internacional

Consecuencias

Se ha adelantado ya que al perpetrar un secuestro internacional, el Estado ejecutor incurre en tres categorías de violaciones: violación de la soberanía nacional del Estado en el que realice esta actividad, violación de los derechos humanos del individuo objeto del secuestro y violación del proceso legal internacional.

En este ámbito, la doctrina de la responsabilidad del Estado ha sido aplicada generalmente a la primera categoría (Caso Eichmann) y en ocasiones a la

²⁸⁷ Esto ocurre cuando la detención de una persona es efectuada por los agentes del Estado en el que se encuentra, siendo entregado a los agentes de otro Estado al margen de un proceso legal o formal de extradición. Hay casos en los que llega a existir una colaboración entre más de dos Estados para llevar a cabo la extradición al margen del proceso legalmente establecido. Un caso representativo de este fenómeno es el caso Bozzano, en el que un ciudadano italiano que se encontraba en Francia es víctima de una detención ilegal en Francia siendo entregado por parte de agentes franceses a agentes suizos, tras haberse denegado la extradición oficial solicitada por Italia a Francia. Estando detenido en Suiza, Italia solicita la extradición a este país, que se lleva a cabo a través de los mecanismos formales. El TEDH condenó esta práctica, tildándola de vulneradora de los derechos humanos. En concreto, se reconoce la violación del artículo 5.1. del CEDH, regulador del derecho a la libertad y la seguridad. TEDH, Asunto Bozano c. Francia, Sentencia de 18 diciembre de 1986, solicitud núm. 9990/82, párr. 60.

²⁸⁸ Véase, como ejemplo más reciente, el caso del pirata somalí, Abdi Hassan, sospechoso de haber participado en el secuestro del atunero español Alakrana, que viajó voluntariamente a Bruselas engañado por un grupo de agentes infiltrados que le habían hecho creer que estaban interesados en filmar una película sobre su vida. ABELLÁN, L., “Una trampa de cine para capturar a uno de los piratas más temidos de Somalia”, El País, 15 de octubre de 2013. Consultado el 15/10/2013.

²⁸⁹ Dominguez c. el Estado (90 Tex. Crim. 92 (1921)). Este asunto surge a raíz del secuestro de Domínguez, un ciudadano mexicano, en territorio de México por agentes estadounidenses que se equivocaron al identificar a la víctima. La persona secuestrada no era la buscada aunque sí estaba en búsqueda y captura por otro delito. Al advertirlo, en un intento de reponer el estado de las cosas al momento anterior de los hechos, fue dejado en libertad en territorio americano, para ser detenido automáticamente por el nuevo delito por los mismos agentes americanos. Para otros casos de secuestro mediante engaño véase PREUSS, L., “Kidnapping of Fugitives from Justice on Foreign Territory”, *American Journal of International Law*, vol. 29, 1935, p. 506.

segunda (Chattin Case²⁹⁰). Sin embargo, esta doctrina no ha sido utilizada como herramienta para exigir responsabilidades en caso de violación del proceso legal internacional²⁹¹.

Por un lado, si bien es cierto que la responsabilidad del Estado es incuestionable cuando el agente oficial o privado actúa en su nombre por orden del mismo, es más difícil determinar la responsabilidad del Estado cuando son los agentes privados los que realizan el secuestro²⁹². Algunos autores sostienen que cuando ha habido incitación o inducción por parte del Estado para que agentes privados lleven a cabo un secuestro del que el Estado se beneficiaría, la responsabilidad del Estado queda fuera de toda duda²⁹³.

Por otro lado, es necesario delimitar el alcance de la obligación de prevención del ilícito por parte del Estado y determinar así cuándo cabe la atribución de responsabilidad al mismo por inacción.

El profesor Bassiouni sugiere recurrir a la analogía con la regulación de los conflictos armados y los principios de responsabilidad penal, en tanto que de ellos se infieren normas aplicables a la responsabilidad individual y estatal por

²⁹⁰ En este caso también se reconoció la responsabilidad del Estado por detención (no secuestro ilegal) de un ciudadano norteamericano en México. Este asunto fue llevado ante la Comisión General de quejas de México y Estados Unidos para buscar una solución arbitral al conflicto. Como consecuencia de ello y en aplicación de los principios básicos de la responsabilidad del Estado, se condenó al Estado de México a pagar a la víctima una indemnización. Véase el Informe de premios de arbitraje internacional (Reports of International Arbitral Awards) de 23 de julio de 1927 de Naciones Unidas, vol. IV, pp. 282-312. Asunto B.E. Chattin (Estados Unidos de América) c. Estados Unidos Mexicanos. Consultado el 17/10/2013.

²⁹¹ Ver opinión jurídica del Comité Jurídico Interamericano en el que se afirma que el secuestro es una violación grave del derecho internacional público. 32 International Legal Matters 277 (1993).

²⁹² Preuss afirma que en este caso no hay ninguna obligación por parte del Estado de entregar al prisionero que ha sido trasladado a su territorio por agentes privados. Va un paso más allá y recurre al precedente sentado por el caso Savarkar en 1911 (prisionero indio que está siendo trasladado a India por barco inglés, se escapa en Francia y es detenido por los agentes franceses que lo entregan a los oficiales ingleses por error, pensando que era miembro de la tripulación) para afirmar que tampoco hay obligación de entrega cuando los agentes del Estado de asilo han participado en la detención. No obstante, reconoce que puede haber una obligación de extraditar o juzgar a los secuestradores: “Cuando un delincuente fugitivo ha sido secuestrado por particulares y, habiendo sido trasladado por la fuerza al territorio de un Estado extranjero, es arrestado, no hay aparentemente, obligación de liberar al detenido. Sólo se incurre en responsabilidad internacional si concurre complicidad oficial. A fortiori, no hay obligación de entregar al detenido cuando agentes del Estado de asilo han participado en la detención o captura irregular”. Traducción de la autora. PREUSS, L., “Kidnapping of Fugitives from Justice on Foreign...*op. cit.*”, p. 507. Añade O’Higgins, que en estos casos, el derecho internacional no proporciona al Estado en el que se encontraba la persona secuestrada ninguna herramienta para reclamar por ello una compensación aunque puede proceder civil y criminalmente contra las personas que hubieran llevado a cabo el secuestro. O’HIGGINS, P., “Unlawful seizure and irregular extradition...*op. cit.*”, p.305. Según Gilbert, no hay surgimiento de responsabilidad internacional cuando el secuestro se lleva a cabo por agentes privados, GILBERT, G., *Transnational Fugitive Offenders in International Law...op. cit.*, p.339.

²⁹³ BASSIOUNI, C., *International Extradition: United States...op. cit.*, p. 386; GREEN, L.C., “The Eichmann Case”, *Modern Law Review*, vol. 23 1960, p. 508. O’HIGGINS sostiene que basta con la connivencia del Estado para que éste incurra en responsabilidad internacional por complicidad. O’HIGGINS, P., “Unlawful seizure and irregular... *op. cit.*”, p.304. Véase, para todas estas cuestiones, el análisis realizado más arriba sobre las teorías del control efectivo y del control global.

violación del derecho internacional de extradición²⁹⁴. En particular, pueden ser de aplicación los principios de responsabilidad de mando o responsabilidad del superior y la invalidez del argumento de cumplimiento de órdenes superiores para eximirse de los delitos cometidos²⁹⁵.

Más allá de las consecuencias en el ámbito de la responsabilidad del Estado por la ejecución, inducción, conspiración o inacción en el secuestro, el deterioro de las relaciones diplomáticas entre los países involucrados es un efecto inmediato del quebrantamiento de la soberanía nacional. Las secuelas de este deterioro pueden llegar a ser de gran alcance. Así, en el caso Álvarez Machaín, Méjico decidió dejar de cooperar con Estados Unidos en la lucha contra el narcotráfico hasta que éste accediera a revisar sus instrumentos jurídicos²⁹⁶. En el caso Dikko, el secuestro de Ukko Dikko, ex Ministro de transporte nigeriano, llevado a cabo por agentes de este país en territorio inglés, provocó una crisis en las relaciones diplomáticas entre ambos Estados, que duró años e incluyó la expulsión recíproca de los representantes diplomáticos de ambos países ²⁹⁷.

Medios de defensa

El primer mecanismo que debe traerse a colación como medio de defensa está directamente conectado con el principio de que ningún acto ilícito debe producir resultados legales (*Ex iniuria ius oritur*). La doctrina ha relativizado su alcance, al relacionarlo con el uso de la fuerza sin autorización del Consejo de Seguridad, para evitar la comisión de atrocidades a gran escala por parte de un Estado en su propio territorio²⁹⁸. También se ha aludido al mismo para explicar

²⁹⁴ BASSIOUNI, C., *International Extradition: United States...op. cit.*, p. 327.

²⁹⁵ El Informe de Human Rights First de 2006 analiza en detalle la aplicabilidad de la doctrina de la responsabilidad del mando superior en el marco de las muertes de los detenidos en las prisiones bajo custodia americana en Irak y Afganistán. Human Rights First, "Command's Responsibility. Detainee Deaths in U.S. Custody in Iraq and Afghanistan", febrero de 2006.

²⁹⁶ The Guardian, p. 8, 17 junio de 1992, citado en GILBERT, G., *Transnational Fugitive Offenders in International Law...op. cit.*, p. 350. La reciente extradición de Sandra Ávila Beltrán (La Reina del Pacífico) por parte de México a los EEUU para ser juzgada por la entrega de 100 kilos de cocaína en Chicago en 2001 representa una de las recientes confirmaciones del restablecimiento de las relaciones de cooperación en este ámbito. "La justicia mexicana avala la extradición a EEUU de la Reina del Pacífico". El País, 8 de junio de 2012. Disponible en http://internacional.elpais.com/internacional/2012/06/08/actualidad/1339119408_379479.html. Consultado el 28/10/2013.

²⁹⁷ AKINSANYA, A., "The Dikko Affair", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 34, 1985, Shorter Articles, Comments and Notes, pp. 602-609.

²⁹⁸ SIMMA, B., "NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects", *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, p. 22, traducción de la autora: "(...) si bien es cierto que la amenaza del uso de la fuerza que, desde el otoño de 1998, lleva a cabo la OTAN contra la República de Yugoslavia en la crisis de Kosovo es ilegal debido a la falta de autorización del Consejo de Seguridad, la Alianza ha hecho todos los esfuerzos posibles por aproximarse a la legalidad vinculando, en primer lugar, sus esfuerzos a las Resoluciones del Consejo que sí existían y caracterizando, en segundo lugar, su acción como medida urgente para evitar desastres humanitarios aún mayores en Kosovo, teniendo en cuenta el estado de necesidad humanitaria. La lección que se puede extraer de esto es que desgraciadamente sí que existen "casos difíciles" en los que hay que enfrentarse a terribles dilemas. En ocasiones puede parecer que las consideraciones políticas y morales no permiten otra alternativa que la de actuar al

la justificación del no reconocimiento de la anexión de Estonia, Latvia y Lituania por parte de la Unión Soviética en 1940, resultante de los pactos secretos de no agresión entre la Alemania Nazi y la URSS²⁹⁹.

Por otro lado, en el ámbito concreto de la extradición que aquí nos ocupa, este principio se ha venido reforzando a través de su invocación en sentencias de tribunales domésticos que no sólo han reconocido la falta de efectos jurídicos de un acto ilícito sino que han dictaminado la restitución como mecanismo resarcitorio³⁰⁰.

margen de la ley”; CASSESE, A., “*Ex iniuria ius oritur*: Are we moving towards international legitimation of forcible humanitarian countermeasures in the world community?”, *EJIL*, vol. 10, 1999, p.29, traducción de la autora. Este segundo artículo corrobora lo sostenido en el primero y apoya la adecuación del análisis del principio *Ex iniuria ius oritur* a la luz de la intervención de la OTAN en Kosovo para acabar justificando el uso de la fuerza a pesar de su ilegalidad. En cualquier caso, a pesar de que autores excelsos como Cassese o Simma hayan intentado defender, desde la ética, el uso de la fuerza sin autorización del Consejo de Seguridad a través del análisis del caso de Kosovo, la ilegalidad de esta actuación no ha sido puesta en duda en ningún momento y así lo sostiene una gran parte de la doctrina, que además se muestra crítica con el peligro de caer en la justificación de las mismas a través de estos argumentos. Autores como Díez de Velasco, Remiro Brotóns o Sáenz de Santamaría sostienen que las operaciones militares iniciadas por las fuerzas de la OTAN en marzo de 1999 en el territorio de la Antigua Yugoslavia, sin el apoyo de una resolución del Consejo de Seguridad basada en el Capítulo VII de la Carta, no pueden estimarse conforme al derecho internacional. DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público...op cit.*, p. 928; SÁENZ DE SANTAMARÍA, A., “Kosovo: Todo por el Derecho Internacional pero sin el Derecho Internacional”, *Meridiano*, C.E.R.I, núm. 28, agosto de 1999, p. 4-8; REMIRO BROTONS, A., “¿De la asistencia a la agresión humanitaria? OTAN versus Consejo de Seguridad”, *Política Exterior*, Vol. 13, mayo-junio, 1999, núm. 69, pp. 17-21.

²⁹⁹ KORMAN, S., *The Right of Conquest: The Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*. Oxford Clarendon Press, 1996, pp. 292-302. Se aplicó en este caso la llamada doctrina Stimson, que tiene su origen en una nota enviada por parte de Estados Unidos a China y Japón en la que se declaraba que aquellos intercambios territoriales ejecutados por la fuerza no serían reconocidos. Para profundizar sobre esta doctrina y su aplicación en el caso Báltico, véase LANGER, R., *The Stimson Doctrine and Related Principles in Legal Theory and Diplomatic Practice*, Princeton, Princeton University Press, 1947.

³⁰⁰ En el caso Jacob-Salomon, que tuvo lugar en 1921, un ex ciudadano alemán fue secuestrado en Suiza y llevado por la fuerza a Alemania por agentes privados que actuaron por órdenes de este último Estado. Por aplicación de un Tratado existente entre ambos países, el caso se sometió a arbitraje aunque poco después de iniciar el procedimiento, Alemania reconoció su error y entregó a Jacob a las autoridades suizas. El caso de Lampersberger, en 1935, constituye uno de los supuestos en los que el Estado que llevó a cabo el secuestro se vio obligado a restituir el estado de las cosas al momento anterior al secuestro del refugiado político alemán, Herr Lampersberger. Éste fue secuestrado en territorio checo por agentes alemanes, cuyo castigo fue reclamado tras su liberación. PREUSS, L., “Kidnapping of Fugitives from Justice on Foreign...op. cit.”, pp. 502-506. Con anterioridad a estos casos, en el s.XIX, en el histórico caso Rauscher, la Corte Suprema americana abordó la posible violación del Tratado de extradición, entre el Reino Unido y Estados Unidos, en la extradición del ciudadano inglés Rauscher por un delito distinto del que motivó su solicitud de extradición. En este caso, la Corte Suprema, defendió una postura muy garantista condenando y no reconociendo la legalidad de esta práctica, a pesar de que el traslado de Rauscher se había efectuado en virtud de un procedimiento de extradición oficial. Estados Unidos c. Rauscher, 119 US 407, 7 S. CT. 234 (1886). Esta sentencia resulta aún más sorprendente y evidenciadora de la profunda contradicción que subyace a la concepción judicial de los derechos procesales en la jurisprudencia norteamericana, si se tiene en cuenta que fue dictada por el mismo Juez (Juez Miller), el mismo día en que dictó la sentencia Ker c. Illinois, 7 S.Ct. 225, (1886), en la que se afirma que el hecho de que la presencia del sospechoso haya sido garantizada mediante secuestro, no es óbice para que el tribunal con jurisdicción sobre el territorio en el que se

La restitución de la situación al momento anterior al secuestro o la obligación de devolución del ciudadano secuestrado al territorio del Estado en el que se encontraba asilado constituye, *en la actualidad*, un elemento común y casi definitorio de las sentencias dictadas en el ámbito del secuestro internacional³⁰¹.

encuentra el sujeto, conozca del caso. A pesar de que esta decisión sería posteriormente revocada por la Corte Suprema, en el caso *Álvarez Machaín* (véase el análisis de este caso en el apartado correspondiente), la sentencia dictada por la Corte de Apelación en 1992, defiende el referido principio de que “un acto ilícito no puede producir consecuencias legales” mediante la ordenación del restablecimiento de la situación a su estado anterior. Así, ordena la retirada de la acusación y el traslado de Machaín a México. *Estados Unidos c. Caro Quintero*, 745 F. Supp. 599. Esta decisión se basó en una sentencia anterior, el caso *Verdugo-Urquidez* (*Estados Unidos c. Verdugo-Urquidez*, 939 F. 2d 1341), de 1991, en la que el secuestro de un ciudadano mexicano en el territorio de este Estado, con autorización o participación de Estados Unidos, fue considerado constitutivo de una violación del Tratado de extradición entre ambos países estableciéndose que la reparación, como en el caso Machaín, requería la anulación de la acción penal y la devolución del sujeto en cuestión a México. También en este sentido, podemos encontrar el caso *Toscanino*, en el que los tribunales americanos se apartan de la doctrina *Ker-Frisbie*, sosteniendo que cuando la personación del acusado ante los tribunales sea el resultado de la violación de sus derechos constitucionales, el tribunal debe renunciar a su jurisdicción (*Estados Unidos c. Toscanino*, 500 F.2d 267, 2^d Cir. 1974). Para profundizar en este caso, véase *BOLSTAD, D.C., “Combating Torture: Revitalizing the Toscanino exception to the Ker-Frisbie doctrine”, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 13, 1991, p. 871.

³⁰¹ Algunos autores extienden el alcance de esta obligación a los casos de traslado mediante engaño: *PREUSS, L., “Kidnapping of Fugitives from Justice on Foreign... op. cit.*, p. 506. La cursiva utilizada en la expresión “en la actualidad” responde a la necesidad de subrayar que esto no ha sido siempre así. En los países de common law no existe una postura unánime acerca del efecto que debe tener el secuestro en la jurisdicción del Estado que se ha visto beneficiado por el mismo. En el Reino Unido hasta los años 80, los tribunales no se planteaban la posibilidad de renunciar a su jurisdicción si la presencia del acusado se había garantizado mediante abusos. El caso *Mackerson*, en el que un acusado había sido llevado ante los tribunales mediante un proceso de extradición encubierta (deportación) sentó un precedente, ya que como consecuencia de ello, el juez competente se abstuvo de conocer el caso (*Reg. c. Bow Street Magistrates, Ex parte Mackeson* (1981) 75 Cr.App.R. 24, D.C). Más adelante el caso *Guilford* matizó esta tendencia, afirmando que la utilización de la discrecionalidad del juez para renunciar a su jurisdicción solo sería procedente si hubieran participado en el secuestro agentes británicos (*R c. Guilford Magistrates’ Court, ex P. Healey*, 1983 1 WLR 108). En la actualidad, el caso de referencia es el asunto *Bennet*, en el que un ciudadano inglés es secuestrado por agentes sudafricanos e ingleses, en colaboración, en Sudáfrica y trasladado al Reino Unido para ser juzgado. En este caso, el Tribunal reconoce que el secuestro constituye una violación del derecho internacional y de los derechos humanos del fugitivo lo suficientemente grave como para viciar la jurisdicción del Tribunal. (*Bennet c. Horseferry Road Magistrates’ Court* (1994) 1 AC 42). Por su parte, Nueva Zelanda, desde 1978, viene sosteniendo una postura garantista en la que deniega la competencia de los tribunales para conocer de casos cuyos acusados hubieran sido trasladados mediante secuestro (*R c. Hartley* (1978) 2 NZLR 199). También en este sentido, podemos encontrar sentencias en Sudáfrica (*El Estado c. Ebrahim*, 31 INT. LEG.MAT. 888 (1992)) y Zimbawe (*Beahan c. El Estado*, 103 INT’L L REP. 203 (Zimbawe S. Ct, 1991), citados en *GILBERT, G., Transitional Fugitive Offenders in International Law...op. cit.*, p. 359. A día de hoy, los Estados Unidos se apartan de la tendencia general hacia el reconocimiento del rol de los tribunales en la protección y respeto de los derechos humanos y de la defensa del imperio de la ley y como veremos, defienden, a través de su práctica, la aplicabilidad de la doctrina *Ker-Frisbie*, que reconoce la jurisdicción de los tribunales estadounidenses independientemente de los medios a través de los cuales se hubiera garantizado la presencia del acusado ante el tribunal. Sin embargo, en EEUU la violación de un convenio bilateral de extradición sí puede invalidar la jurisdicción en tanto que, tal y como recuerda *O’Higgins*, los convenios son parte del derecho interno. La jurisprudencia sobre esta cuestión en los países con sistemas continentales tampoco sugiere un modelo a seguir.

Esta restitución debe entenderse como incluyente de una renuncia a ejercer su jurisdicción por parte del tribunal del territorio en el que se encuentre la persona víctima del secuestro. Autores como Gilbert insisten en la importancia de que el poder judicial no apruebe implícitamente el secuestro mediante la aceptación de la jurisdicción³⁰². No obstante, la postura de la doctrina en esta cuestión no ha sido unánime³⁰³.

En segundo lugar, el Estado ofendido, contra cuya soberanía se ha atentado, tiene algunos recursos para defenderse del ataque sufrido.

Hasta el caso Jacob-Salomon en 1935, la negociación por vía diplomática y la actuación por parte de los tribunales domésticos fueron los recursos más utilizados para solucionar las violaciones y los conflictos resultantes del secuestro internacional³⁰⁴. Este caso fue el primero llevado ante un tribunal internacional para buscar una solución mediante arbitraje³⁰⁵. Entre los mecanismos jurídicos a disposición del Estado ofendido podemos encontrar, por un lado, la posibilidad de procesar a los presuntos responsables del secuestro y solicitar su extradición, bien para su enjuiciamiento bien para el cumplimiento de la condena si el juicio ha tenido lugar *in absentia*³⁰⁶. El caso Villareal y Hernández c. Hammond³⁰⁷, es un ejemplo paradigmático de ello³⁰⁸.

³⁰² GILBERT, G., *Transnational Fugitive Offenders in International Law...op. cit.*, p.362.

³⁰³ GREEN, L.C., “The Eichmann Case...*op cit.*”, p. 509, traducción de la autora: “Puede el Estado a cuyo territorio haya sido trasladada la víctima tener la obligación de rescatarla de sus secuestradores. Esto, sin embargo, no quiere decir que exista una obligación de devolución al país del que ha venido. De hecho, una vez “rescatado”, podría ser detenido y juzgado en el país en el que se encuentra”. Este autor apoya su posición en los argumentos esgrimidos por Lord Goddard en el caso Ex p. Elliot de 1949 en el que un desertor había sido detenido en Bruselas por la policía militar inglesa, bajo supervisión de la policía belga, y llevado ante los tribunales ingleses.

³⁰⁴ PREUSS, L., “Kidnapping of Fugitives from Justice on Foreign... *op. cit.*”, p. 502.

³⁰⁵ El gobierno suizo, en una nota de 27 de abril de 1935 solicitó que esta disputa fuese sometida a arbitraje en virtud del Tratado de Arbitraje y Conciliación de 2 de diciembre de 1921, lo cual fue aceptado por Alemania mediante nota del 6 de mayo. Este tratado contemplaba el recurso al arbitraje como subsidiario con respecto a la solución de las controversias por vía diplomática (artículos 1 y 2).

³⁰⁶ Cuando el secuestro ha sido perpetrado por agentes extranjeros que han vuelto a su país, el procesamiento efectivo de los mismos por parte del Estado que ha visto quebrantada su soberanía se hace más complicado en tanto que incluso existiendo tratado de extradición entre ambos Estados, el principio de no entrega de nacionales, aunque recientemente matizado por los esfuerzos internacionales y regionales en el ámbito de la cooperación judicial, sigue siendo uno de los elementos definitorios de esta figura. En el ámbito europeo, este delito estaría dentro de los delitos incluidos en la Orden de Detención y Entrega europea en tanto que el secuestro, la detención ilegal y la toma de rehenes forman parte de la lista de los 32 delitos del artículo 2.2 de la Decisión Marco, respecto de los cuales la Orden debe aplicarse sin control de la doble tipificación, siempre que esté castigado en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos tres años. En relación a la aplicabilidad del principio de no extradición de nacionales, la Decisión Marco regula esta cuestión en tanto que detalla los requisitos que permiten condicionar o denegar la extradición de un nacional, no pudiéndose por consiguiente, esgrimir discrecionalmente en este contexto la referida excepción. Sobre el principio de no extradición de nacionales, véase capítulo II.

³⁰⁷ Villareal c. Hammond, 74 F.2d 503, C.A.5 1934, 6 de diciembre de 1934.

En este caso, se reconoció la primacía de la ley y la soberanía nacional sobre la jurisdicción *in personam*, pero la vigencia de los argumentos presentados por los demandantes sigue resultando sorprendente a día de hoy, ya que, aunque no se defiendan públicamente, como en el asunto referido, son estas creencias las que subyacen a la actuación de muchos Estados cuando deciden recurrir a los métodos alternativos a la extradición oficial.

Por otro lado, el Estado ofendido puede recurrir a la calificación del secuestro como acto contrario al derecho internacional, en tanto que constitutivo de una injerencia en sus asuntos internos. Así, quedaría activada la posibilidad de recurso al TIJ ³⁰⁹, en los supuestos en los que las partes acepten su jurisdicción³¹⁰.

El Estado cuya soberanía nacional se ha visto quebrantada también puede invocar la violación de los derechos de la persona secuestrada, tanto para solucionar el problema por la vía diplomática con la correspondiente reparación, como para hacerlo ante los tribunales del Estado infractor, denunciando allí la violación de los derechos humanos de la persona en cuestión.

En tercer lugar, como resultado del ya referido proceso de humanización del derecho internacional, la persona secuestrada que ha visto vulnerados sus derechos humanos también tiene a su disposición mecanismos a través de los cuales puede denunciar estas violaciones y exigir su liberación.

Los actos que conforman el secuestro internacional son constitutivos de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en el

³⁰⁸ En este asunto, los demandantes (Villareal y Hernández) fueron acusados de un delito de secuestro en México tras entrar en este país y trasladar forzosamente a Estados Unidos a López, un estafador financiero que había escapado y se había refugiado en Tamaulipas, México. Por este motivo, México solicitó su extradición. Para justificar que el acto cometido no era constitutivo de una violación de la soberanía nacional en tanto que no podía ser calificado de secuestro ni según el tratado de extradición vigente entre ambos Estados, ni de acuerdo con las leyes mexicanas o de Texas, los demandantes esgrimieron que uno de los requisitos de este tipo es que el secuestro se hubiera llevado a cabo “con fines ilegítimos”, circunstancia que no se da en el caso en cuestión ya que el fin del secuestro era “el legítimo y encomiable fin de traer a un conocido fugitivo ante la justicia”. En segunda instancia, el Tribunal de Apelación confirmó la concurrencia de un delito de secuestro y corroboró la entrega de los demandantes para que fueran enjuiciados por este delito. *Supra Villareal c. Hammond*, 74 F.2d 503, C.A.5 1934, 6 de diciembre de 1934.

³⁰⁹ Véase el caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua. TIJ, *Nicaragua c. Estados Unidos de América*, sentencia de 27 de junio de 1986. Este caso es el referente jurisprudencial de la Corte en relación a la violación de la soberanía nacional y por ende del derecho internacional a través de la intervención extranjera. El Tribunal afirmó aquí que la no intervención formaba parte del derecho internacional consuetudinario.

³¹⁰ La aceptación de la jurisdicción del Tribunal puede realizarse mediante diversas formas: a. Por medio de un acuerdo en concreto (compromiso) que persigue someter un asunto determinado a la jurisdicción del Tribunal; b. Por medio de una cláusula compromisaria contenida en un Tratado para someter al Tribunal todos los casos que se presenten en el futuro y, c. A través de la aceptación de la cláusula facultativa que regula el mecanismo de jurisdicción obligatoria del TIJ. Véase DÍEZ DE VELASCO, M., Capítulo XXXIX: “Procedimientos de aplicación de las normas internacionales (IV): medios de arreglo de carácter jurisdiccional II: El Tribunal Internacional de Justicia”, en *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2003.

marco del derecho internacional consuetudinario como en el ámbito convencional³¹¹.

En última instancia, en caso de negativa por parte de los tribunales nacionales, se podría recurrir a las instancias de protección de derechos humanos de carácter regional o internacional ya analizadas en este capítulo.

A nivel europeo, según Gilbert, el secuestro puede ser constitutivo de una violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en tanto que el traslado forzoso de una persona a un país extranjero puede llegar a ser considerado como un trato inhumano o degradante³¹². Esta estrategia de defensa propuesta por el autor debe ser completada con el reconocimiento de los derechos de libertad y de seguridad del artículo 5, que exige el ajuste a derecho de cualquier privación de libertad³¹³.

Sin embargo, también el artículo 7, que reconoce el derecho a la seguridad, se ve violado por este tipo de conductas. Tanto el secuestro como cualquiera de los tipos de extradiciones encubiertas o extraordinarias objeto de este trabajo atentan contra estos derechos, recogidos en el CEDH, por lo que permiten el recurso al TEDH por parte de la persona objeto de la extradición que ha sido víctima del mismo.

3.1.4. Casos de referencia, jurisprudencia europea e internacional

³¹¹ KALECK, W., “Justice and accountability in Europe: discussing strategies, in CIA-Extraordinary rendition flights, torture and accountability- a European approach”, *European Center for Constitutional and Human Rights*, Germany, 2008, p.17.

³¹² El artículo 3, que prohíbe la tortura reza como sigue: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. GILBERT, G., *Transnational Fugitive Offenders in International Law, Extradition...op. cit.*, p. 358. El Comité contra la Tortura, por su parte, ha determinado que el Estado que tenga “control efectivo” sobre el individuo queda vinculado por el principio de “non-refoulement”. Comité contra la Tortura (CAT), Conclusiones y recomendaciones: Reino Unido e Irlanda del Norte- territorios dependientes. Doc. NU. CAT/C/CR/33/3, 10 diciembre de 2004, párr. 4(b) y. 5(e). El TEDH ha conocido de casos en los que se alegaba que el traslado de un país a otro exponería al demandante a tratos inhumanos y por ende, constitutivos de una violación del artículo 3 del CEDH. En algunos casos la Corte ha apreciado la posible concurrencia de esta posible violación (TEDH, Asunto I.K. c. Austria, sentencia de 28 de marzo de 2013, solicitud núm. 2964/12) mientras que en otros lo ha rechazado (TEDH, Asunto Mohammed c. Austria, sentencia de 6 de junio de 2013, solicitud núm. 2283/12). Véase el apartado “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” para un análisis más detallado de los pronunciamientos del TEDH en relación a las violaciones de derechos humanos derivadas de secuestros.

³¹³ Artículo 5 de la CEDH. “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley: a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.

b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley.

c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido (...).

f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”.

A lo largo del siglo XX, los secuestros internacionales han sido una constante. Conviene, sin embargo, resaltar algunos de los casos más notorios para inferir, a través de su análisis, los elementos comunes, las motivaciones y las consecuencias jurídicas y políticas del recurso a esta figura³¹⁴.

El secuestro de Tshombe, 1967

Moise Tshombe, líder de la provincia rebelde del Congo a principios de los 60, ejerció el cargo de Primer Ministro durante un tiempo y fue forzado al exilio tras el sangriento golpe de Estado de Mobutu en noviembre de 1965. Se refugió en España y posteriormente fue juzgado en rebeldía por traición, propaganda subversiva, incitar la rebelión, reclutamiento de mercenarios para usar en contra del Congo, venta de los minerales del Congo a extranjeros y cooperación en el asesinato del primer Presidente congoleño, Patrice Lumumba. Fue condenado a muerte *in absentia*. Estando en Ibiza, alquiló un avión privado inglés en el que fue secuestrado. El avión, forzado por uno de los pasajeros que sacó una pistola, aterrizó en Argelia, que, a pesar de la sentencia de su Tribunal Supremo que reconoce la validez de su extradición, decidió no entregar a Tshombe al considerar que se trataba de un caso político³¹⁵.

Álvarez Machaín, 1994

³¹⁴ Otros casos importantes de secuestro internacional incluyen el caso Noriega o el caso Rodrigo Granda. El primero surge a raíz de la invasión de Panamá por Estados Unidos en 1989 aprovechando, entre otras cosas, para secuestrar y trasladar a territorio estadounidense al General Noriega, considerado el líder de facto del Panamá en ese momento, contra el que había una acusación formal por aceptar dinero del cártel de Medellín a cambio de proteger a los narcotraficantes frente a la ley. Este caso sentó un importante precedente ya que puso de manifiesto la flagrante inobservancia de la tradicional inmunidad que, hasta ese momento, venía reconociéndose a los líderes o jefes de Estado (de iure o de facto) en las relaciones internacionales. Se vuelve a afirmar aquí la vigencia de la doctrina norteamericana Ker-Frisbie, que aboga por que la jurisdicción de un tribunal no se vea afectada por los métodos empleados para garantizar la presencia del acusado ante el tribunal. El tribunal confirmó su jurisdicción sobre este caso sobre la base del caso Álvarez-Machaín, que será seguidamente analizado, en el que se sostiene que es posible gozar de competencia para juzgar a un presunto delincuente que haya sido secuestrado, independientemente de que exista entre ambos países un tratado de extradición. Caso Noriega c. Estados Unidos, 746 F.Supp. 1506, 1533 (S.D. Fla. 1990). Véase FRANCES Y.F. MA., "Noriega's Abduction from Panama: Is Military Invasión an Appropriate Substitute for International Extradition?", *Loy. LA. Int'l & Comp.L.J.*, núm. 13, 1990-1991, p. 925, y HASSON, A.I., "Extraterritorial Jurisdiction and Sovereign Immunity on Trial: Noriega, Pinochet and Milosevic-Trends in Political Accountability and Transnational Criminal Law", *Int'l Comp. Law Review*, núm. 25, 2002, p. 125. En el caso Rodrigo Granda, el secuestro de este ciudadano mexicano, por entonces número 2 de las FARC, en un café de Caracas el 13 de diciembre de 2005 y su traslado a Colombia, provocó una importante crisis entre el Gobierno colombiano de Álvaro Uribe y el Gobierno venezolano de Hugo Chávez, que denunció la violación de su soberanía nacional. El conflicto cesó tras una entrevista privada entre estos dos mandatarios el 15 de febrero de 2005.

³¹⁵ SPONSLER H.T., "International kidnapping"...*op. cit.*, pp. 40 y ss. Este autor cita un periódico norteamericano de la época, para reflejar la percepción de este suceso en la comunidad internacional contemporánea: "what is at stake is a delicate issue of international law, the right of political asylum and the essential human right of freedom to travel without fear of being kidnapped at gunpoint". *America*, 5 de agosto de 1967.

El caso Álvarez Machaín también es un asunto de gran trascendencia en el ámbito del secuestro internacional ya que representa la vuelta de los Estados Unidos a la adopción de la doctrina Ker-Frisbie³¹⁶.

Los hechos que precedieron el secuestro objeto de análisis pueden ser resumidos de la siguiente manera: en 1985, Enrique Camarena-Salazar fue secuestrado, torturado e interrogado durante dos días y posteriormente asesinado en México. En base a testigos oculares, la Agencia Americana de lucha contra la Droga (DEA) llegó a creer, equivocadamente, que Humberto Álvarez Machaín estaba presente en la casa en la que se perpetraron los crímenes y que contribuyó a prolongar la vida de la víctima con el fin de alargar la tortura y el interrogatorio.

Como consecuencia de ello, en 1990, un tribunal federal estadounidense acusó a Machaín de los delitos de tortura y asesinato, y dictó contra él, una orden de arresto. Estando en vigor un Convenio de Extradición entre México y los Estados Unidos, en un principio, esta Agencia solicitó ayuda al Gobierno Mexicano para detener al acusado³¹⁷. Ante la falta de resultados, decidió aprobar un plan consistente en la contratación de nacionales mexicanos para secuestrar a Álvarez Machaín con el fin de trasladarlo a Estados Unidos donde sería procesado³¹⁸.

Así, encontrándose en el territorio de su país, Álvarez Machaín fue secuestrado, sin que el Gobierno de México tuviera conocimiento de ello, y trasladado mediante un avión privado a Tejas, donde se procedió a su detención oficial a manos de agentes estadounidenses. Fue juzgado ante una Corte de Distrito que dictaminó no tener jurisdicción en tanto que el acusado había sido sustraído en violación del Tratado de Extradición entre México y EEUU.

Por este motivo, el tribunal ordenó su repatriación, que fue confirmada por la Corte de Apelación. Sin embargo, en última instancia, la Corte Suprema revocó el fallo restableciendo la doctrina Ker-Frisbie y apoyándose para ello en los numerosos fallos jurisprudenciales en esta línea (EEUU c. Rauches 119 US 407 (1886), Ker c. Illinois³¹⁹, 119 US 436 (1886) Frisbie c. Collins 324 US 519 y 343 US 937 (1952) y Verdugo Urquidez 939 F2 d. 1341 (CA9 1991)³²⁰.

La Corte Suprema argumentó que un acusado sustraído de un país con el cual los EEUU tienen un tratado de extradición no adquiere, por esta razón una protección contra la jurisdicción de las cortes de los EEUU, pudiendo ser

³¹⁶ Para un análisis crítico de esta doctrina que presenta sólidas razones jurídicas para su abandono, véase SCHONS, G.W., "United States v. Toscanino: an Assault on the Ker-Frisbie Rule", *San Diego L. Rev.* núm 12, 1974-1975, p. 865.

³¹⁷ A pesar de que tanto la víctima como el presunto autor del delito perpetrado en México eran ciudadanos de este país.

³¹⁸ Esto quedó establecido en la sentencia EEUU c. Caro-Quintero, 745 F. Supp. 599, 602-604, 609 (CD Cal. 1990).

³¹⁹ El argumento invocado con la referencia a esta sentencia fue que si el Tratado de Extradición no prohíbe el secuestro, la doctrina Ker es de aplicación y por consiguiente, el Tribunal tiene competencia para conocer del caso.

³²⁰ EEUU c. Alvarez Machain, 670, 112 S. Ct 2188.

juzgado en una Corte Federal de distrito por violaciones al derecho penal de los EEUU. El Tribunal también sostuvo aquí que el Tratado no prohíbe expresamente el secuestro de un acusado y que la decisión respecto a si éste debe ser devuelto a México, en tanto que se trata de una cuestión fuera del ámbito del Tratado, corresponde al poder ejecutivo. Uno de los razonamientos jurídicos esgrimidos por la Corte fue que la detención ilegal de un nacional mexicano por un período no superior a un día para ser entregado a las autoridades estadounidenses no atentaba contra el derecho internacional consuetudinario³²¹.

No obstante, el más sorprendente de los argumentos defendidos por la Corte Suprema es aquel en el que declara abiertamente no sentirse vinculada por el derecho internacional de los derechos humanos, positivizado en instrumentos como la Carta de Naciones Unidas:

“El Tribunal nota, sin embargo, que mientras que la participación de los Estados Unidos en el secuestro del Dr. Machaín tiene apariencia de violación de estos instrumentos internacionales, el peso de la autoridad indica que estos instrumentos internacionales no son de aplicación directa y, por consiguiente, a falta de incorporación al derecho interno, no son exigibles ante los tribunales federales”.³²²

Poco tiempo después, el Tribunal que estaba conociendo del proceso contra Álvarez Machaín cerró el caso por falta de pruebas y decretó su libertad.

Sin embargo, incluso en una sentencia tan desalentadora como esta, pueden encontrarse razonamientos que invitan a la esperanza. Así, la opinión particular del Juez Stevens³²³ hace alusión al sin sentido de firmar un convenio de extradición si paralelamente se va a seguir recurriendo a métodos alternativos a la extradición oficial para garantizar la presencia del acusado o condenado en el territorio del Estado requirente, apoyándose en la doctrina internacionalista más cualificada para recordar que, si el Estado vulnerado protesta, debe ponerse fin al proceso abierto contra el secuestrado.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el presente ámbito, este órgano ha mantenido, desde sus primeros pronunciamientos, una postura de condena sistemática de las violaciones de derechos humanos que resultaban del secuestro internacional. En este sentido, hay una serie de casos que merecen ser destacados³²⁴. El caso Ameckrane es el primer asunto admitido a trámite por la Comisión en tanto que se reconoció que

³²¹ Sosa c. Alvarez Machain, 124 S.Ct. 2739 (2004).

³²² *Id.* Traducción de la autora.

³²³ EEUU c. Alvarez-Machain, 504 US 655 (1995) en 670.

³²⁴ Otros casos importantes incluyen el conocido caso de Bozano c. Francia, en el que un tribunal italiano condenó en rebeldía a un ciudadano a cadena perpetua por secuestro y asesinato. Éste huyó a Francia, que rechazó la solicitud de extradición por parte de los tribunales italianos para después recurrir a la deportación de Bozano a Suiza como método alternativo a la extradición oficial. Suiza procedió a su extradición a Italia. La Comisión Europea reconoció que se había violado el artículo 5.1. por parte de Francia y remitió el caso al TEDH que confirmó la violación. TEDH, Asunto Bozano c. Francia, sentencia de 2 de diciembre de 1997, solicitud núm. 9990/82, párr. 8.

la entrega (o la cooperación para la entrega) de un presunto responsable de un delito sin respetar el procedimiento legal, recurriendo a métodos alternativos a la extradición y violando, en el curso de estos hechos, los derechos humanos de la persona, podía ser constitutivo de una violación del artículo 3 del Convenio. Por otro lado, el caso Ocalan, como se verá a continuación, se convirtió en el “caso líder” o referente jurisprudencial en el ámbito del TEDH para la identificación de casos de secuestros internacionales y las consiguientes violaciones de derechos humanos³²⁵.

Caso Amekrane³²⁶

Mohamed Amekrane era un coronel marroquí que, tras participar en un intento fallido de derribar un avión en el que viajaba el Rey de Marruecos en 1972 en un intento de rebelión, había huido a Gibraltar para evitar la pena de muerte a la que sería condenado en este país. Solicitó asilo en Gibraltar, bajo el control del Reino Unido. Las autoridades gibraltareñas conspiraron con la policía secreta marroquí para facilitarles el secuestro del coronel. Como consecuencia de ello, el coronel fue secuestrado, trasladado a Marruecos, condenado a muerte y ejecutado. La Comisión Europea, entonces órgano encargado de la admisión de asuntos, admitió a trámite esta denuncia contra el Reino Unido y consideró que había habido violación de los artículos 3, 5 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A pesar de la trascendencia de este caso, no se puede afirmar que el mismo generara jurisprudencia en sentido estricto en tanto que el incidente se resolvió mediante un acuerdo amistoso, en virtud del cual su viuda (y demandante) recibió una compensación económica por parte del Gobierno del Reino Unido³²⁷.

Caso Okalan c. Turquía

Abdullah Ocalan era el miembro fundador del PKK ³²⁸ (Partido de los Trabajadores de Kurdistán) que reivindica la independencia del Kurdistán de Turquía. Este país le había acusado formalmente de liderar movimientos secesionistas y entrenar para ello a grupos terroristas, razones por las cuales había procedido a dictar una orden de arresto contra él.

En febrero de 1999, estando en Kenia, fue secuestrado por los servicios de inteligencia turcos³²⁹ y trasladado a Turquía, donde permaneció en la prisión de

³²⁵ Así lo preveía ya la doctrina en el año 2004. Véase DE SANCTIS, F., “The practice of national and international courts on transnational seizure: is a fair balance between human rights and accountability posible?”, *Neth. Q., Hum Rts.*, vol. 22, núm 4, 2004, p. 529, p. 551.

³²⁶ TEDH, Asunto Amekrane c. Reino Unido, sentencia de 19 de julio de 1974, solicitud núm. 5961/72.

³²⁷ SCOTT NANCE, D., “The Individual Right to Asylum Under Article 3 of the European Convention on Human Rights”, *Mich. YBI Legal Stud.*, núm. 3, 1982, p. 477, p. 482.

³²⁸ El PKK también es considerado como grupo terrorista tanto la Unión Europea como por los Estados Unidos.

³²⁹ Algunos autores que han estudiado este caso en profundidad sostienen que para la realización de este secuestro se contó con la colaboración de las autoridades keniatas. MOWBRAY, A., “European Convention on Human Rights: institutional reforms proposals and recent cases”, *Hum.Rts.L. Rev.*, núm. 3, 2003, p. 301, p. 306.

Imrali, declarada zona militar vetada, en régimen de aislamiento. Allí fue interrogado para después pasar a disposición judicial. Fue juzgado y condenado a muerte en junio de 1999, siendo la sentencia confirmada por el Tribunal de Apelación en noviembre de ese mismo año. La ejecución de la sentencia logró ser retrasada mediante la solicitud de que el caso fuera examinado por el TEDH. Durante este período, la Constitución turca fue reformada para derogar la pena de muerte excepto en situación de guerra o por actos de terrorismo. En agosto de 2002, el parlamento derogó la pena de muerte en tiempos de paz y su condena a muerte fue conmutada por cadena perpetua.

Ocalan entonces llevó el caso ante el TEDH, alegando, entre otras cosas, que su secuestro y traslado a Turquía desde Kenia, sobornando para ello a agentes de este país, había supuesto una violación del artículo 5.1 del CEDH.

En este caso, la Corte estimó que no concurrían los requisitos necesarios para poder apreciar la alegada violación del artículo 5.1. Sin embargo, el razonamiento jurídico que desarrollado para fundamentar la falta de apreciación de este supuesto, convierte el presente caso en un importante referente en la jurisprudencia del TEDH, en tanto que ofrece criterios de interpretación y delimita con claridad el alcance de la protección otorgada tanto por el Convenio como por el derecho internacional.

En este marco, tres de las cuestiones tratadas en esta sentencia merecen ser resaltadas aquí. En primer lugar, el Tribunal reconoce tajantemente que el arresto de una persona en el territorio de otro Estado, sin el consentimiento de este último, afecta a los derechos de seguridad del individuo regulados en el artículo 5.¹³³⁰ Con esta afirmación, marca una inequívoca distancia con una parte de la jurisprudencia estadounidense, que bebiendo de la doctrina Ker-Frisbie, aboga por la aplicabilidad de la jurisdicción *in personam*, eufemismo para referirse a la abierta defensa del principio “mala captus, bene detentus” que caracteriza, con más frecuencia de la deseada, tanto la actuación de sus agentes como sus resoluciones jurisprudenciales. En segundo lugar, el Tribunal afirma que, independientemente de que exista o no un tratado de extradición entre los Estados implicados, si para realizar la detención se cuenta con la cooperación del Estado en cuyo territorio se halla el fugitivo, siempre y cuando la misma venga precedida de una orden de arresto, no se podrá estimar violación del Convenio, incluso encontrándonos ante un caso de extradición encubierta³³¹.

Por último, es importante aludir al rol que ha tenido la jurisprudencia internacional en la legitimación o condena del secuestro internacional. Se ha hecho ya referencia, al inicio de esta obra, a la especial responsabilidad que tienen atribuida los tribunales internacionales, debido a su posición como órganos creados en el seno de las Naciones Unidas, en la protección y promoción de los derechos humanos. En este sentido, resulta muy interesante el argumento presentado por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, en el que se afirma que la violación de la soberanía nacional en relación a las detenciones tiene, en el ámbito de su jurisdicción, muy poca trascendencia en tanto que en la relación vertical que existe entre los Tribunales Internacionales

³³⁰ TEDH, Asunto Ocalan c. Turquía, sentencia de 12 de marzo de 2003, solicitud núm. 46221/99, párr. 88.

³³¹ *Id.* párr. 91.

para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda y los Estados, la soberanía no podía tener el mismo rol que en las relaciones horizontales entre Estados³³².

Por otro lado, la relación de estos órganos con el respeto a la soberanía nacional varía de tribunal a tribunal. Así, mientras en el caso de la Corte Penal Internacional, la naturaleza complementaria que se le reconoce a su jurisdicción respecto de las jurisdicciones nacionales sugiere que este respeto debe ser absoluto³³³, en el caso de los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, creados mediante Resolución del Consejo de Seguridad, el respeto a la soberanía nacional es relativo ya que estos órganos internacionales tienen reconocida una jurisdicción preferente sobre los tribunales nacionales.

Los pronunciamientos en torno a la admisibilidad de la jurisdicción *in personam* en el ámbito de estos tribunales no son homogéneos. Así, mientras la Sala de Apelación en el caso Nikolic afirmó que, si en el arresto las violaciones de derechos humanos eran flagrantes, el Tribunal debería abstenerse de conocer o renunciar a su competencia para preservar su integridad³³⁴, en el caso Dokmanovic, el Tribunal aceptó el traslado mediante engaño (“luring”) del acusado a territorio bajo control del UNTAES³³⁵, argumentando que no había ningún tratado de extradición entre los países involucrados³³⁶.

3.2. Las extradiciones encubiertas y las entregas extraordinarias

3.2.1. Las extradiciones encubiertas

El secuestro no es el único método alternativo a la extradición al que recurren los Estados para asegurar la presencia del sospechoso en su territorio con el fin de procesarle por la supuesta comisión de un delito. En ocasiones, el Estado en

³³² TPIY, Fiscal c. Dragan Nikolic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-94-2-PT, Auto sobre el cuestionamiento de la jurisdicción del Tribunal por parte de la defensa, de 9 de octubre de 2009, párr. 101 y TPIY, Fiscal c. Dragan Nikolic, Sala de Apelación, caso núm. IT-94-2-PT, Auto que resuelve el recurso de apelación sobre la legalidad de la detención de 5 de junio de 2003, párr. 26.

³³³ Artículo 1 Estatuto de Roma: “Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (“la Corte”). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales (...)”.

³³⁴ TPIY, Fiscal c. Dragan Nikolic, Sala de Apelación, caso núm. IT-94-2-PT, Auto que resuelve el recurso de apelación sobre la legalidad de la detención de 5 de junio de 2003, párr. 30. Este tribunal también realiza una importante contribución al consolidar la doctrina del abuso del proceso, afirmando su competencia para conocer de los casos de secuestros internacionales que se dieran en este contexto y que resultaran en la personación del acusado ante el tribunal. Véase DE SANCTIS, F., “The practice of national and international courts on transnational seizure... *op. cit.*, pp. 544-45.

³³⁵ Administración de Transición de las Naciones Unidas en Eslovenia del Este, Baranja y Sirmia Occidental (misión de paz de Naciones Unidas entre 1996-1998).

³³⁶ TPIY, Fiscal c. Dokmanovic, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-95-13^a, Auto sobre la solicitud de puesta en libertad de 22 octubre de 1997, párr. 75. También ver, en este sentido TPIR, Fiscal c. Juvenal Kajelijeli, Sala de Apelación, caso núm. ICTRE 98-44A-A, sentencia de 23 de mayo de 2005.

el que se encuentra el individuo en cuestión recurre a la expulsión o deportación³³⁷ con el fin de evitar la aplicación de la normativa inherente a la extradición y obtener el mismo resultado.

El profesor Gordon ha demostrado que la expulsión o deportación no es ni más rápida ni más efectiva que la extradición³³⁸, de lo cual cabe inferir que el atractivo de este método alternativo radica en la posibilidad que da el Estado de evitar la observancia de los derechos y garantías inherentes a la extradición.

El caso estrella en el ámbito de la expulsión como alternativa a la extradición o la “collusive deportation” es, sin lugar a dudas, el famoso caso Soblen³³⁹, ciudadano norteamericano condenado por espiar para la URSS. Estando pendiente del juicio de apelación, Soblen fue puesto en libertad bajo fianza. Una vez confirmada la condena, huyó a Israel. Allí fue trasladado a Atenas en un avión, en el que supuestamente viajaba un agente oficial estadounidense. En Atenas, fue forzado a embarcar en un vuelo a EEUU vía Londres. Advertido de los hechos, el Gobierno británico dictó una orden en la que se le denegaba la entrada en el Reino Unido. Consciente de ello, y buscando por todos los medios desembarcar en territorio europeo, Soblen se infirió cortes en los brazos para forzar su hospitalización en el Reino Unido. Al intentar restablecer la orden de denegación de entrada, reanudando el viaje a EEUU, Soblen interpuso un *habeas corpus*, que le fue denegado. Se ordenó su traslado pero para entonces, el Gobierno israelí había cambiado y había dejado de ver con buenos ojos este proceso. Entonces el Gobierno británico dictó una orden de deportación y aunque Soblen volvió a solicitar el *habeas corpus*, esta vez esgrimiendo el argumento de que la deportación estaba encubriendo una extradición una vez más, éste le fue denegado y en la fase de apelación, el tribunal respondió a este argumento refiriéndose al precedente sentado en el caso Chateau Thierry, en el que un Duque francés en edad de cumplir el servicio militar que se encontraba en el Reino Unido, es deportado a Francia. A pesar de que como consecuencia de la vigencia de un acuerdo entre Francia y el Reino Unido para la entrega de desertores, estos ciudadanos eran considerados delincuentes y por ende, debería serles de aplicación la legislación sobre extradición, el Tribunal de Apelación afirmó la validez del uso de la deportación para extraditar a desertores. Uno de los argumentos empleados fue que una orden de deportación formalmente válida no podía ser cuestionada por los tribunales³⁴⁰.

La jurisprudencia del TEDH ha defendido que la “extradición encubierta”, realizada a través de la deportación, no viola el CEDH. En el caso Klaus Barbie c.

³³⁷ Algunos autores se refieren a este fenómeno como “collusive deportation”, expresión que lleva implícita el reconocimiento de la violación de derechos humanos inherente a la deportación como alternativa a la extradición. GILBERT, G., *Transnational Fugitive Offenders in International Law...op cit.*, p.337.

³³⁸ GORDON, pp. 284-286 en EVANS, A., “International Procedures for the Apprehension and Rendition of Fugitive Offenders”, *ASIL*, 1980, p. 274.

³³⁹ R c. Brixton Prison (Governor), ex p. Soblen, 1962, 3 All ER 641. Véase también O’HIGGINS, P., “The Soblen Case. Disguised Extradition: the Soblen Case”, *Mod.L.Rev.*, núm. 27, 1964, p. 521.

³⁴⁰ Pickford LJ, en GILBERT, G., *Transnational Fugitive Offenders in International Law...p. 370*. Si el Duque hubiera aducido perversion del uso de la figura, este argumento podría haber prosperado ya que reconoció la capacidad de los tribunales ingleses para investigar casos de posible extradición encubierta.

Francia, la Comisión afirmó que incluso si la expulsión del actor pudiera ser calificada como “extradición encubierta”, esto no violaría, *per se*, el CEDH³⁴¹. Esta postura se reitera en el caso Ocalan c. Turquía, caso que ha sido ya previamente analizado en el apartado sobre la jurisprudencia del TEDH. En este caso, el TEDH sostuvo que: “la Convención no impide la cooperación entre Estados, dentro del marco de los Tratados de Extradición o en cuestiones de deportación, con el propósito de traer a los fugitivos ante la justicia, asumiendo que no interfiera con ninguno de los derechos reconocidos en la Convención³⁴²”. Tres párrafos más adelante, el Tribunal se refiere específicamente a las extradiciones encubiertas, con el eufemismo de atípicas y considerándolas absolutamente respetuosas del CEDH³⁴³.

También en este sentido se ha pronunciado el Comité de Expertos en el funcionamiento de los Convenios Europeos de Cooperación en Materias Penales (PC-OC): “(...) de conformidad con la jurisprudencia del TEDH, la decisión de un Estado de eludir los estrictos procedimientos de extradición mediante la expulsión de una persona a un Estado que tenga la intención de juzgarla o castigarla (extradición encubierta) no es, *per se*, constitutiva de una violación de la Convención Europea de Derechos Humanos. El Estado puede elegir entre extraditar o deportar o expulsar”.³⁴⁴

3.2.2. Las entregas extraordinarias de los Estados Unidos³⁴⁵

³⁴¹ Comisión Europea de Derechos Humanos, Asunto Klaus Barbie c. Francia, solicitud núm. 10689/83, 1984.

³⁴² TEDH, Asunto Ocalan c. Turquía, sentencia de 12 de marzo de 2003, solicitud núm. 46221/99, párr. 86.

³⁴³ *Id.* párr. 89: “The Convention contains no provisions concerning the circumstances in which extradition may be granted. Subject to it being the result of cooperation between states concerned and provided that the legal basis for the order of the fugitive’s arrest is an arrest warrant issued by the authorities of the fugitive’s state of origin, even an atypical extradition cannot as such be regarded as contrary to the Convention”.

³⁴⁴ Comité Europeo sobre Problemas Penales, Comité de Expertos en el funcionamiento de los Convenios Europeos de Cooperación en Materias Penales (PC-OC), Nota sobre la relación entre la extradición y la deportación/expulsión (extradición encubierta), Resumen de la discusión de la reunión 62 de la PC-OC PC-OC (2012) 08 rev2, Estrasburgo, 15 de noviembre de 2012. Disponible en http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC_documents/PC-OC_%282012%29_8_rev2_Note_on_extradition_and_expulsion_15_11_12.pdf Traducción de la autora.

³⁴⁵ El alcance del efecto contagio de esta práctica a otros Estados excede el ámbito de este trabajo. Baste aquí traer a colación, a modo de ejemplo, los numerosos secuestros y entregas extraordinarias que tuvieron lugar en 2007 en el cuerno de África en el contexto de un conflicto armado en Somalia y que todavía siguen impunes. Véase el Informe de 2008 de Human Rights Watch, “Why am I still here? The 2007 Horn of Africa renditions and the fate of those still missing”. Más recientemente, y sin perjuicio de la inconsistente voluntad de Obama de cerrar definitivamente Guantánamo, véanse las declaraciones del Gobierno Americano que, en 2010, alegó que 5 presos de Guantánamo eran “demasiado peligrosos para ser extraditados pero no aptos para ser juzgados”. ALANDETE, D., “Los cinco de Guantánamo”, El País, 14 de febrero de 2012. Disponible en <http://blogs.elpais.com/barras-y-estrellas/2012/02/los-cinco-de-guantanamo.html>. Consultado el 28/10/2013, o la nueva ola de detenciones ilegales perpetrada por el Reino Unido en Afganistán. CASTLE, S., “British Defense Chief Confirms Detentions of Afghans at Base”, New York Times, 29 de mayo de 2013. Consultado el 28/10/2013.

Tras los atentados terroristas del 11 de septiembre, los Estados Unidos institucionalizan una alternativa a la extradición oficial como parte de su “guerra contra el terror”: las entregas extraordinarias³⁴⁶. Estas entregas consisten en el secuestro y traslado a prisiones secretas con el fin de realizar interrogatorios mediante torturas y representan una de las técnicas principales utilizadas por el Gobierno americano para combatir el terrorismo, con la aquiescencia, como se verá en el siguiente apartado, de muchos Estados europeos³⁴⁷.

“El programa de entregas extraordinarias y detenciones secretas está compuesto por tres elementos fundamentales: operaciones de captura y traslado, “agujeros negros” de la CIA y centros en Estados extranjeros donde se mantienen detenidos a los individuos a instancia y bajo el control de los Estados Unidos. La captura y el traslado implica a un “equipo de entrega”, compuesto por individuos vestidos de negro y con máscaras. Estos individuos desnudan al detenido por la fuerza, le someten a un registro de las cavidades del cuerpo, le fotografían desnudo y le ponen un pañal antes de darle su nueva vestimenta. Los detenidos alegan haber sido golpeados durante este proceso. Seguidamente, el equipo inmoviliza al detenido con esposas en las manos y tobillos y cadenas, y le privan de capacidad sensorial, cubriéndoles las orejas y los ojos. A continuación, los detenidos son trasladados en avión (a menudo, de pequeño tamaño) a lugares, en ocasiones, muy lejanos. Estos detenidos o son llevados a prisiones secretas de la CIA -“agujeros negros”-, o son entregados a Gobiernos extranjeros. Algunos corren ambas suertes. En los “agujeros negros”, los guardias visten de negro y llevan máscaras, y con frecuencia los detenidos son sometidos a manipulaciones sensoriales, incluyendo el sometimiento a música a

³⁴⁶ Nótese que en los últimos tiempos, la proliferación de grupos terroristas islámicos en el continente africano ha trasladado a esta región el lugar de operación de la administración estadounidense, que insiste en combatir una de las mayores amenazas del derecho internacional sin respetar el derecho internacional. STEPHEN, C., AHMED, A. y SMITH, D., “Lybia demands explanation for US “kidnapping” of Al-Qaida leader al-Liby”, *The Guardian*, 7 de octubre de 2013. Disponible en <http://www.theguardian.com/world/2013/oct/06/libya-kidnapping-citizen-us-forces-raid-somalia>. Consultado el 16/10/2013. En este caso, las fuerzas militares norteamericanas entraron en Trípoli y secuestraron al líder de Al-Qaeda, Abu Anas Al-Liby, acusado de haber perpetrado los atentados terroristas de las embajadas americanas en Kenia y Tanzania que en 1998 mataron a más de 220 personas. Tras su secuestro, Abu Anas fue trasladado a un barco en algún lugar del Mediterráneo en el que fue interrogado durante días hasta que por motivos de salud, es trasladado a Nueva York, donde espera ser juzgado. HOSENBALL, M., “Health of Abu Anas Al-Libi, Al Qaeda Suspect Captured in Lybia, Deteriorated Aboard US Ship”, *The Huffington Post*, 16 de octubre de 2013. Disponible en http://www.huffingtonpost.com/2013/10/15/qaeda-suspects-shipboard_n_4101241.html. Consultado el 16/10/2013. Para una fotografía reciente del mapa mundial del terrorismo, véase REINARES, F., *Geografía mundial del terrorismo*, Real Instituto Elcano, ARI 10/2012-16/2/2012.

³⁴⁷ Para una exhaustiva y actualizada base de datos comprensiva de una gran cantidad de información a nivel mundial sobre el programa de entregas extraordinarias instaurado por la administración norteamericana tras el 11-S véase el recientemente creado proyecto de investigación “The Rendition Project”, realizado por investigadores de las universidades anglosajonas de Kent y Kingston. Los mapas interactivos creados por este proyecto permiten acceder al viaje completo de un individuo víctima de una entrega extraordinaria, visualizar en cuestión de segundos y de manera gráfica los datos existentes acerca de los vuelos realizados en el marco de este programa así como acceder a datos específicos de una aeronave vinculada al programa de rendición extraordinaria de la CIA.

<http://www.therenditionproject.org.uk/index.html>

un volumen insoportable, a sonidos horripilantes, condiciones de oscuridad total y privación sensorial (por ejemplo, mediante el uso de ruido blanco constante). Algunos han sido sometidos a “waterboarding” -ahogamiento simulado- y a “otras técnicas de interrogatorio reforzado” (o, como lo ha llamado el Presidente Bush, “conjunto alternativo de procedimientos”) supuestamente autorizadas para detenidos de “alto valor”. La detención en centros extranjeros implica el hacinamiento en espacios enloquecedoramente pequeños (como la famosa prisión Far Falestin en Siria³⁴⁸) y el uso de métodos de tortura como la falaka (golpes en la planta de los pies, supuestamente usados en Jordania³⁴⁹), abuso sexual (supuestamente usado en Egipto y Jordania³⁵⁰), y descargas eléctricas (supuestamente usadas en Egipto³⁵¹). Ya se encuentren en “agujeros negros” o en instalaciones extranjeras, los detenidos no tienen acceso al mundo exterior; no se les imputa formalmente ningún delito, y no se les permite solicitar la asistencia de sus Gobiernos”.³⁵²

A partir de la información hecha pública en septiembre de 2006, los informes sobre los detenidos ya liberados, las investigaciones realizadas por organizaciones intergubernamentales como el Consejo de Europa o la Unión Europea, las declaraciones de agencias gubernamentales y los documentos reproducidos en el marco de los procesos iniciados, la autora Margaret Satterthwaite ha recreado lo que puede llamarse un “retrato robot” de la práctica llevada a cabo por la Agencia Central de Inteligencia Americana (CIA) y que se ha denominado “entrega extraordinaria”.

El Presidente George Bush no reconoció la existencia del programa de entregas extraordinarias de la CIA hasta el 6 de septiembre de 2006, momento en el que se refirió a él en un discurso³⁵³.

En el apartado anterior se ha aludido al recurso del secuestro internacional como alternativa a la extradición oficial. A través del estudio de diversos casos se ha podido constatar que el recurso al secuestro internacional es una parte intrínseca a la política exterior de los Estados Unidos. Lo que en la era Reagan

³⁴⁸ Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, Report of Professor Stephen J. Toope, Fact Finder 13-17, 14 de octubre de 2005. Disponible aquí. Consultado el 28/10/2013. Se trata de un informe que describe la prisión de Maher Arar en Far Falestin.

³⁴⁹ AI, “Amnesty International Report 2007: The State of the World’s Human Rights”, 2007. Consultado el 29/10/2013.

³⁵⁰ *Id.*

³⁵¹ Véase la carta de Abu Omar durante su detención en una prisión egipcia, traducida en “Abu Omar, This is How They Kidnapped Me from Italy”, Chicago Tribune. Disponible en <http://www.chicagotribune.com/news/nationworld/chi-cialetter-story,0,1548045.story>.

³⁵² SATTERTHWAITE, M., *The US. Program of extraordinary rendition and secret detention: past and future en CIA -Extraordinary rendition flights, torture and accountability- a European approach*, European Center for Constitutional and Human Rights, Alemania, 2008, pp.37 y ss. Traducción de la autora.

³⁵³ Véase President George W. Bush, President Discusses Creation of Military Tribunals to Try Suspected Terrorists (Sept. 6, 2006) transcripción.

se bautizó como “rendition to justice³⁵⁴”, consistente en el secuestro de los presuntos autores de delitos, especialmente de terrorismo³⁵⁵ y narcotráfico por parte de agentes estadounidenses, para ser trasladados a Estados Unidos, donde serían juzgados con las mismas garantías que cualquier detenido americano³⁵⁶, se convertiría, a raíz del atentado terrorista contra las torres gemelas del 11 de septiembre de 2001 en la llamada “extraordinary rendition” o “rendition for torture”.³⁵⁷ El secuestro y la entrega a un tercer Estado o el traslado a prisiones

³⁵⁴ Tras una oleada de atentados terroristas a la que le siguió el fracaso de los mecanismos convencionales para asegurar el enjuiciamiento de los presuntos responsables (el secuestro del vuelo 847 del Trans-World Airlines en junio de 1985, la interceptación de los terroristas de Achille Lauro en octubre de 1985 y los ataques terroristas en los aeropuertos de Viena y Roma en Diciembre de 1985), el Presidente Reagan autorizó a la CIA mediante una directiva (oficialmente llamada “finding”) a secuestrar a sospechosos de terrorismo en otros países y traerlos a los Estados Unidos para procesarlos. Aunque esto nunca fue confirmado por la administración, el informe de su “interagency Task Force on Combating Terrorism” revelado por el Vicepresidente George Bush y los detalles de la nueva estrategia de lucha contra el terrorismo parecen confirmar la existencia de esta autorización. FINDLAY, C., “Abducting terrorists overseas for trial in the United States: Issues of International and Domestic Law”, *Texas International Law Journal*, núm. 23, 1998, pp. 2-3.

³⁵⁵ Ver, entre otros, el caso de Fawaz Yunis, libanés sospechoso de haber participado en un secuestro aéreo como parte del grupo terrorista Hezbolá. Tras ser llevado a aguas internacionales mediante engaño (agentes del FBI actuaron como narcotraficantes) es arrestado y llevado a Estados Unidos en un barco americano. El Tribunal del Distrito (en aplicación de la ya analizada doctrina Ker-Frisbie) rechazó la alegación del acusado que negaba la jurisdicción del Tribunal como consecuencia de los métodos utilizados para garantizar su presencia ante el mismo. *EEUU c. Yunis*, 924, F.2d 1086 (DC Cir. 1991).

³⁵⁶ SATTERTHWAIT, M., *The US. Program of extraordinary rendition and secret detention...op. cit.*, p.30.

³⁵⁷ La finalidad de obtener información mediante el recurso a la tortura como característica definitoria de la entrega extraordinaria ha sido sobradamente documentada tanto por los académicos (BASSIOUNI, M.C., “The institutionalization of torture under the Bush Administration”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, núm. 37, 2006, p. 389; SADAT, L., “Extraordinary rendition, torture and other nightmares from the war on terror”, *George Washington Law Review*, núm. 75, 2006-2007, p. 1200; WEISSBRODT, D., y BERGQUIST, A., “Extraordinary rendition: a human rights analysis”, *Harvard Human Rights Journal*, núm. 19, primavera 2006, pp.123-160; SALMÓN, E., “Las entregas extraordinarias y el acervo humanitario del derecho internacional, ¿abre la nueva administración americana alguna perspectiva de cambio?”, *Derechos y Libertades*, núm. 21, época II, junio 2009, p.233; RAMÓN CHORNET, C., “Las prerrogativas de la CIA en la eliminación de presuntos terroristas y en la práctica de torturas”, *REDI*, vol. 56, núm. 1, 2004, pp. 542-544), como por las organizaciones de derechos humanos (Amnesty International, “USA Guantánamo: a decade of damage to human rights (and 10 anti-human rights messages Guantánamo still sends”, diciembre 2011, Reino Unido, AMR 51/103/20, Consultado el 16/06/2012; “By the numbers. Findings of the Detainee Abuse and Accountability Project”, New York University’s Center for Human Rights and Global Justice, Human Rights Watch and Human Rights First, abril de 2006. Consultado el 16/06/2012). Por otro, también es posible hallar ya tribunales nacionales de distintos países que ya han dictado sentencias condenatorias (Italia: 22 agentes americanos de la CIA han sido condenados *in absentia* por el caso del clérigo Abu Omar, secuestrado en Milán y llevado a Egipto donde fue torturado, Véase: ZAGARIS, B., “Extradition-Italian Justice Minister Defers Extradition of CIA operatives”, *International Enforcement Law Rep.*, núm. 22, junio de 2006 y SOSA NAVARRO, M., “Cornering torturers through international law: the role of domestic prosecution in the eradicating human rights violations in Guantanamo. An Italian approach”, *Rivista de la Cooperazione Giuridica Internazionale*, núm. 44, mayo-agosto 2013, p. 95). El caso Khaled el-Masri, en el que un ciudadano alemán, al ser confundido con otra persona, fue secuestrado en Macedonia por agentes nacionales y entregado a agentes de la CIA, que lo trasladaron a Afganistán, haciendo una escala en el aeropuerto español de Palma de Mallorca,

situadas en territorio controlado por los Estados Unidos habían dejado de tener el enjuiciamiento del presunto delincuente como objetivo. El fin ahora era la obtención de información³⁵⁸. La declaración de “guerra contra el terror”³⁵⁹ y la justificación en base a la misma de toda una serie de violaciones sistemáticas de derechos humanos, atentó contra los cimientos del derecho internacional, alterando así categorías jurídicas básicas³⁶⁰.

Dos fueron las técnicas seguidas por la administración de Bush para poner en práctica este recién creado mecanismo: bien trasladar a los secuestrados sospechosos de terrorismo a bases, bajo control militar estadounidense, como la de Guantánamo³⁶¹ o la de Abu Ghraib en Iraq, bien entregarlos a terceros países,

donde fue “interrogado” durante cuatro meses para después ser puesto en libertad en 2004, ha dado lugar a que Alemania dictara órdenes de arresto contra 13 agentes de la CIA en 2007 (Véase) y a que la Fiscalía española solicite el arresto de estos 13 agentes al Juez de la Audiencia Nacional, Ismael Moreno (Véase). La propia administración americana ha reconocido la existencia de este fenómeno de manera pública. El Presidente Bush defendió en su discurso del 6 de septiembre de 2006 la utilización de “técnicas alternativas” por parte de la CIA cuando los “terroristas resistían el interrogatorio”. Transcripción disponible en <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2006/09/20060906-3.html>. El entonces Vicepresidente Dick Cheney también admitió públicamente el recurso a los métodos que fueran necesarios para conseguir su objetivo. Vice President Dick Cheney, NBC News’ Meet the Press (Sept, 16, 2001), citado en PAUST J., “Executive plans and authorizations to violate international law concerning treatment and interrogation of detainees”, *Columbia Journal of Transnational Law*, núm 43, 2005, p. 811, p. 837. Ver también “The torture papers: the road to Abu Ghraib”, Karen J. Greenburg y Joshua L. Dratel eds., 2005 y WATERMAN, S., “Analysis: Rendition a Routine Practice”, 8 de marzo de 2008. Disponible en <http://www.spacewar.com/news/2005/upinews-030905-1412-35.html> Consultado el 18/06/2012.

³⁵⁸ SATTERTHWAIT, M., *The US. Program of extraordinary rendition and secret detention...op. cit.*, p. 32.

³⁵⁹ George Bush, Presidential Address to a Joint Session of Congress (Sept. 20, 2001). La posición de EEUU fue comunicada formalmente a las Naciones Unidas en una carta del representante permanente de EEUU dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad el 7 de octubre de 2001, Doc. NU S/2001/946 (2002).

³⁶⁰ “A pesar de que utilizar el lenguaje de la guerra y describir los atentados del 11 de septiembre como crímenes de guerra puede ser una herramienta retórica conveniente para describir la lucha por frenar a las organizaciones terroristas internacionales, no es coherente con la existencia de los consolidados principios de derecho internacional”, (...) “la doctrina de prevención ahora defendida por la administración de Bush, es claramente contraria al artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas y mina los principios más fundamentales del orden legal internacional: la prohibición del uso de la fuerza, la igualdad soberana y la integridad territorial de los Estados”. SADAT, L., “Terrorism and the rule of law”, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, 2004, pp. 140 y 142. Traducción de la autora. También en este sentido véase a GREENWOOD, C., War, “Terrorism and International Law”, *Current Legal Problems*, núm. 46, 2004, p. 505, p. 529, citado en O’CONNELL, M., “Lawful use of combat drones, Congress of the United States, Subcommittee on National Security and Foreign Affairs, Hearing: Rise of the Drones II: Examining the Legality of Unmanned Targeting”, 28 abril 2010, p.4. Disponible en http://www.fas.org/irp/congress/2010_hr/042810oconnell.pdf.

³⁶¹ PÉREZ GONZÁLEZ, M. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO P., “El caso de los detenidos de Guantánamo...op. cit.

en un claro intento de deslocalización de los interrogatorios y de las responsabilidades³⁶².

En el Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo de 2007³⁶³, su autor, el profesor Martin Scheinin, a la luz de los indicios³⁶⁴ y la falta de cooperación por parte de la CIA en su visita, antes de concluir que esta práctica se viene desarrollando por parte de esta agencia en el ámbito de la lucha contra el terrorismo, califica las entregas extraordinarias de “inadmisibles” a la luz del derecho internacional, en tanto que, más allá de que las personas en esta situación corran el riesgo de ser sometidas a torturas o a tratos crueles, inhumanos o degradantes, la detención prolongada sin imputación de cargos viola los artículos 9 y 14 del PIDCP y puede ser constitutiva de desaparición forzada³⁶⁵.

³⁶² Human Rights Watch considera que el primer caso de secuestro y entrega a un tercer Estado es el de Tal'at Fu'ad Qassim, ciudadano egipcio asilado en Dinamarca que se había trasladado a Bosnia para escribir sobre los crímenes de guerra. La inactividad de Bosnia ante el requerimiento de Estados Unidos de que expulsara a los militantes derivó en el secuestro de Qassim por parte de agentes americanos que lo entregaron a Egipto, donde fue ejecutado en 1995. Para una idea no exhaustiva de los casos véanse los siguientes informes: AI, “USA Guantánamo: a decade of damage to human rights (and 10 anti-human rights messages Guantánamo still sends”, diciembre 2011, Reino Unido, índice AMR 51/103/20. Consultado el 16/06/2012; “By the numbers. Findings of the Detainee Abuse and Accountability Project”, New York University's Center for Human Rights and Global Justice, Human Rights Watch and Human Rights First, Abril 2006. Disponible en <http://www.hrw.org/reports/2006/04/25/numbers-o>.

³⁶³ Consejo de Derechos Humanos, 6ª sesión, Informe del Relator Especial sobre la Promoción y Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales durante la lucha contra el terrorismo, Addendum, Misión a los Estados Unidos de América, 22 noviembre de 2007, A/HRC/6/17/Add.3, párrs. 36-38. El Relator manifiesta su insatisfacción por no haber podido acceder e inspeccionar los centros de detención, incluyendo la prisión de Guantánamo (párr. 2). El Relator también hace referencia a la violación del Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 1944 al hacer uso de aviones civiles para transportar a personas que estaban siendo objeto de entregas extraordinarias.

³⁶⁴ Entre los indicios y pruebas que fundamentan esta afirmación, el Relator hace referencia a las conclusiones del Comité contra la Tortura en el caso de Agiza c. Suecia (Comunicación núm. 233/2003, CAT/C/34/D/233/2003) y las conclusiones del Comité de Derechos Humanos en el caso Alzert c. Suecia (Comunicación núm. 1416/2006, CCPR/C/88/D/1416/2005). En ambos casos, Suecia violó sus obligaciones convencionales en el ámbito de los derechos humanos al entregar a estas personas a agentes de la CIA, que posteriormente los trasladarían a Egipto.

³⁶⁵ Definido por la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por la Asamblea General por la Resolución 61/77 de 20 de diciembre de 2006 y en vigor desde el 23 de diciembre de 2010 como “el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley” (artículo 2). Consultado el 17/06/2012. Esta idea comienza a desarrollarse por la doctrina internacionalista. Véase GALELLA, P., y ESPÓSITO, “C., Las entregas extraordinarias en la lucha contra el terrorismo. ¿Desapariciones Forzadas?”, *SUR, Revista internacional de derechos humanos*, vol. 9, nº16, junio 2012, p. 7.

Los argumentos esgrimidos por los EEUU para justificar esta práctica son fundamentalmente tres. En su artículo “Rendered Meaningless”, Satterthwaite los examina en detalle para ir desmontándolos jurídicamente uno a uno³⁶⁶. El primero consiste en afirmar que los instrumentos de derechos humanos, o algunas de sus disposiciones, no son de aplicación fuera del territorio de los Estados Unidos. A través del análisis del principio de *non-refoulement* (obligación de no entrega a países donde el individuo puede ser torturado o ejecutado), recogido explícita o implícitamente en varios tratados vinculantes para Estados Unidos³⁶⁷, Satterthwaite demuestra que esta postura no respeta la doctrina del Comité de Derechos Humanos que afirma que hay dos criterios para la aplicación de los tratados: la existencia de un control efectivo sobre el territorio y el control sobre el individuo. En base a al primero, el artículo 3 de la Convención contra la Tortura sería de aplicación a cualquier entrega originada en territorio bajo control estadounidense y en base al segundo, que correspondería aplicar a los EEUU en este ámbito³⁶⁸, este precepto sería aplicable a cualquier entrega realizada por los EEUU³⁶⁹. El segundo argumento que esgrime la administración estadounidense, consiste en afirmar que las promesas diplomáticas realizadas por el Estado receptor de la persona eximen a los EEUU de responsabilidad. No obstante, la naturaleza diplomática de las mismas y la consiguiente ausencia de mecanismos judiciales para reclamar su cumplimiento las convierten en una “farsa”.³⁷⁰

³⁶⁶ La autora resume estos tres argumentos de manera muy gráfica a través de sus títulos: a. Out of State, out of luck; b. “But they promised...”; y c. “Rendered Quaint?”, SATTERTHWAITE, M., “Rendered Meaningless: Extraordinary Rendition and the Rule of Law”, *The George Washington Law Review*, vol. 75, p. 1333, 2007, pp.1333-1413.

³⁶⁷ En su Observación General 20 (Doc. NU. A/47/40 (1992)), el Comité de Derechos Humanos, que entiende que la protección recogida en el Pacto es de aplicación a cualquier persona que se encuentre bajo el control efectivo de un Estado Parte, ha considerado que el principio de *non-refoulement* se entiende incluido en el Artículo 7 del PIDCP que reza como sigue: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”, interpretación que ha sido rechazada por los EEUU (Véase SATTERTHWAITE, M., “Rendered Meaningless...*op. cit.*). Por otro lado, la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de la que EEUU es parte, recoge explícitamente el principio de *non-refoulement*. En este caso, EEUU acepta la aplicación extraterritorial de la Convención y la vigencia de este principio en tanto que entiende que el mismo solo es de aplicación a las torturas y no a los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

³⁶⁸ Así lo afirmó el Comité contra la Tortura en sus conclusiones y recomendaciones a la luz del Informe de 2006 de EEUU, UN. Comm. Against Torture, Conclusions and Recommendations of the Committee Against Torture: United States of America, Doc. NU. CAT/C/USA/CO/2 (18 de mayo de 2006).

³⁶⁹ SATTERTHWAITE, M., “Rendered Meaningless...*op. cit.*”, pp. 1369 y 1375.

³⁷⁰ SATTERTHWAITE, M., *The US. Program of extraordinary rendition and secret detention...op. cit.*, p. 44: “As one official told The Washington Post, “they say they are not abusing them, and that satisfies the legal requirement, but we all know they do”; y SATTERTHWAITE, M., “Rendered Meaningless...*op. cit.*”, pp. 1379-1394. La discrecionalidad de la que afirma disfrutar EEUU para evaluar el riesgo de tortura de manera conjunta con las promesas a la hora de decidir acerca de la entrega, no respeta el derecho internacional de los derechos humanos. Las promesas diplomáticas que no respeten los requisitos establecidos por el Comité contra la Tortura pueden suponer una violación de las obligaciones de derechos humanos por parte del Estado emisor (procedimientos preestablecidos y claros; las promesas

Finalmente, el tercer argumento esgrimido por este Estado consiste en afirmar que las citadas entregas son legales en tanto que se realizan en el marco de la “guerra contra el terror”. Al tener como enemigo a un actor no estatal (Al-Qaeda), se afirma que los Convenios de Ginebra no son aplicables³⁷¹ ya que no se trata ni de un conflicto entre dos Estados ni de un conflicto interno. Por consiguiente, estaríamos ante un nuevo tipo de conflicto armado internacional respecto del cual los EEUU están legitimados para adaptar sus técnicas a las circunstancias sin incurrir en ninguna ilegalidad³⁷². Se argumentó, en tanto que las entregas ocurren en el marco de un conflicto armado, que el derecho internacional humanitario es de aplicación a las mismas, pero al considerarse a los miembros de Al-Qaeda combatientes ilegales, se les niega la protección reconocida en los Convenios de Ginebra. El derecho internacional de los derechos humanos tampoco es de aplicación, según esta teoría, porque el derecho internacional humanitario, al operar como *lex specialis*, excluye su aplicación. Por consiguiente, los sospechosos de terrorismo podían ser trasladados informalmente sin que ese traslado fuera ilegal, dado que no había ningún derecho que pudiera ser aplicado. La ilegalidad de esta política ha sido puesta de manifiesto tanto por la doctrina³⁷³ como por la propia Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Hamdan c. Rumsfeld³⁷⁴. Esta sentencia marcó un

deben estar sometidas a revisión judicial y debe haber un seguimiento del tratamiento del individuo tras la entrega). En el ámbito de las entregas extraordinarias que aquí nos conciernen, EEUU no respeta los estándares procedimentales fijados por los instrumentos convencionales.

³⁷¹ En tanto que el derecho internacional humanitario sólo es de aplicación a los conflictos entre Estados (artículo 2 de los Convenios de Ginebra) o a los conflictos internos (artículo 3 común a los Convenios de Ginebra)

³⁷² Una de estas adaptaciones, subraya Satterthwaite, es el recurso a las entregas extraordinarias. SATTERTHWAITE, M., “Rendered Meaningless...*op. cit.*”, p. 1399. Véase, para un mayor desarrollo del marco jurídico de protección de los derechos humanos aplicables en el contexto de la lucha contra el terrorismo, el apartado “Derechos de seguridad jurídica no desarrollados o desarrollados parcialmente en la jurisprudencia internacional: el derecho al debido proceso y principio de legalidad”, del primer capítulo.

³⁷³ Esta cuestión ha sido extensamente tratada por la doctrina. Véase SATTERTHWAITE, M., “Rendered Meaningless...*op. cit.*”; BORELLI, S., “The treatment of terrorist suspects captured abroad: Human Rights and Humanitarian Law” en *Enforcing International Law norms against terrorism*, Ed. Bianchi A., Hart publishing, EEUU, 2004, pp. 39-63; ACQUAVIVA, G., “Extraordinary Rendition” en *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Ed. Cassese, A., Oxford University Press, New York, 2009, pp. 485-487; SADAT, L., “Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition under International Law”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, núm. 37, 2006, pp. 309-342; WEISSBRODT D y BERGQUIST A., “Extraordinary rendition: a human rights analysis...*op. cit.*”, pp.123-160; Con algunas excepciones, prácticamente la totalidad de los autores coinciden en rechazar estos argumentos y condenar esta práctica en tanto que vulneradora del derecho internacional. Entre las excepciones podemos encontrar a YOO, J., “Transferring terrorists”, *Notre Dame Law Review*, núm. 79, 2004, p. 1183, p. 1235.

³⁷⁴ Hamdan c. Rumsfeld, 126 S. Ct. 2749 (2006). El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas felicitó, en su examen del Informe de EEUU a este país por la sentencia en esta causa, aunque observa que todavía la implementación de la misma no se había hecho efectiva. Véase Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Estados Unidos de América, Doc. NU. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1 de 18 de diciembre de 2006, párrs. 5 y 20. Disponible en [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/4dec657b68936048c125725a00355a9d/\\$FILE/Go645964.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/4dec657b68936048c125725a00355a9d/$FILE/Go645964.pdf)

antes y un después en la posición americana en relación a la aplicabilidad del artículo 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra, a la “guerra contra el terror”. El cambio de postura tuvo como consecuencia la aprobación de una Orden Ejecutiva por parte del Presidente en julio de 2007, que, aunque exige que las interrogaciones sean seguras, profesionales y estén monitorizadas, sigue manteniendo una interpretación restrictiva de “tortura” y “trato cruel, inhumano y degradante”.³⁷⁵

La opacidad que ha rodeado y sigue rodeando a este fenómeno hace difícil determinar el número exacto de personas que han sufrido esta práctica³⁷⁶ pero no ha conseguido frenar, fuera de las fronteras americanas, la apertura de procedimientos judiciales y las sentencias condenatorias contra los más altos responsables de las violaciones de los derechos humanos perpetradas en el contexto de la lucha contra el terror³⁷⁷.

³⁷⁵ Executive Order of the President of the United States, Interpretation of the Geneva Conventions Common Article 3 as Applied to a Program of Detention and Interrogation Operated by the Central Intelligence Agency, 20 de julio de 2007.

³⁷⁶ En 2002, en un artículo publicado en el Washington Post, la periodista de investigación Dana Priest estimó que alrededor de 70 personas habían sido objeto de entregas extraordinarias. Jane Mayer, en un artículo publicado en el New Yorker, citando al experto en derechos humanos Scott Horton, cifró este número en 100-150, citados en SATTERTHEWAITE, M., “Rendered Meaningless...*op. cit.*”, p.1343. El Center for Human Rights and Global Justice, de la NYU School of Law lo estima en varios miles, en su informe “Beyond Guantanamo: transfers to torture one year after Rasul v. Bush (2005)”.

³⁷⁷ RIDLEY, Y., “Bush Convicted of War Crimes in absentia”, *Foreign Policy Journal*, 12 de mayo 2012. Consultado el 18/06/2012. Véase acusación completa aquí. Hasta ahora, solo Italia, a través del Tribunal de Milán, ha juzgado y condenado in absentia a 22 agentes de la CIA y a algunos agentes italianos involucrados en el secuestro y entrega. Para profundizar sobre esta sentencia, acúdase a la nota al pie 357 y véase MELONI, C., “Extraordinary renditions della CIA e responsabilità europee: il punto di vista della Corte Europea dei diritti dell’uomo”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 de junio 2013, pp. 14-17. Otra de las interesantes iniciativas que comienzan a surgir para paliar el daño que la violación sistemática de derechos humanos en el ámbito de la lucha contra el terrorismo inflige en la sociedad internacional es la propuesta de creación de un marco jurídico para asegurar que los agentes oficiales que cometan graves violaciones de derechos humanos en el contexto de la lucha contra el terrorismo, respondan por ello. Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales durante la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson. Principios estructurales para asegurar la responsabilidad de los agentes oficiales por violaciones graves o sistemáticas de los derechos humanos cometidas en el contexto de iniciativas estatales de lucha contra el terrorismo, Doc. NU. A/HRC/22/52, de 1 de marzo de 2013 (versión borrador, no editada).

3.2.3. Cooperación necesaria europea³⁷⁸

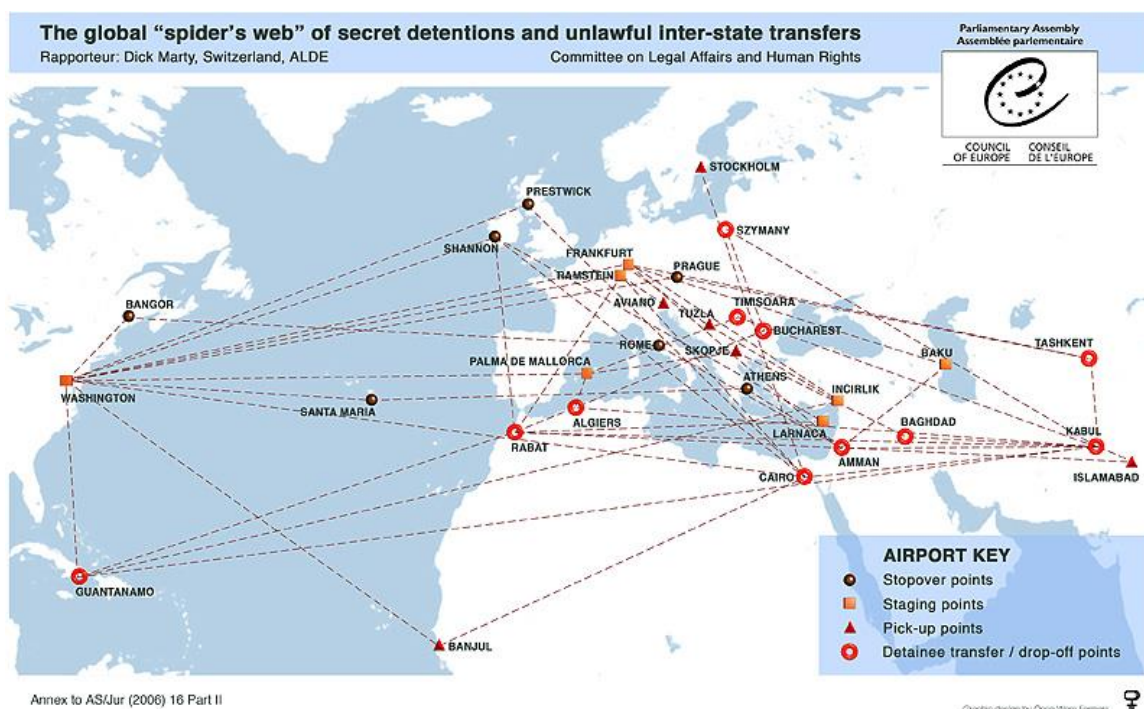


Figura 1. La red global de detenciones secretas y traslados interestatales ilegales

Fuente: Consejo de Europa

Al hacerse pública la información que señalaba a algunos Estados europeos como cooperadores necesarios de las “entregas extraordinarias” realizadas por los agentes de la CIA, tanto el Consejo de Europa como el Parlamento Europeo iniciaron investigaciones sobre los hechos, que resultaron en esclarecedores informes³⁷⁹. De los mismos, se infiere que muchos países del Viejo Continente toleraron y en algunos casos cooperaron con estas prácticas de diversos modos:

³⁷⁸ Recientemente (febrero 2013), se ha publicado, por parte de la Iniciativa de Justicia de la Sociedad Abierta, un informe de obligada consulta que vincula a 54 países en detenciones ilegales. Disponible en <http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/globalizing-torture-20120205.pdf>

³⁷⁹ Consejo de Europa, Primer Informe relativo a las “Alegadas detenciones secretas y entregas interestatales ilegales de detenidos que involucran a Estados Miembros del Consejo de Europa”. Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de 12 de junio de 2006. Relator: Mr. Dick Marty (Doc. 10957) y el Segundo Informe de 11 de junio de 2007, que se centra en la investigación de centros de detención en países europeos como Rumanía y Polonia (Doc. 11302 Rev.); Véase también Parlamento Europeo, “Informe sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y detención ilegal de presos” realizado por la Comisión Temporal sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y detención ilegal de presos de 12 de junio de 2006 (Doc. 10957) y de 30 de enero de 2007 que detalla la cooperación de cada uno de los países europeos con la CIA en su programa de “entregas extraordinarias” A6-0020/2007, Dos años más tarde, en una resolución de 19 de febrero de 2009 sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos (2010/C 76 E/11), P6_TA (2009)0073, el Parlamento Europeo “Denuncia que hasta ahora ni los Estados miembros ni el Consejo hayan tomado medidas para arrojar luz sobre el programa de entregas extraordinarias y para aplicar las recomendaciones del Parlamento”.

desde la autorización para aterrizar y repostar a aviones de la CIA que estaban efectuando estas “entregas extraordinarias” hasta la detención y entrega a agentes de la CIA de individuos sospechosos de terrorismo, pasando por el establecimiento de centros de detención secretos en los que operaba la CIA en países como Rumanía o Polonia³⁸⁰.

En lo que respecta a la cooperación española con este fenómeno, en 2007, el Informe del Parlamento Europeo cifra en 68 las paradas de vuelos de la CIA en aeropuertos españoles entre 2001 y 2005³⁸¹. En concreto, establece que los aeropuertos españoles fueron utilizados por aviones que habían sido empleados en otros países para las entregas extraordinarias de Ahmed Agiza, Mohammed El-Zari, Bisher Al-Rawi, Jamil El-Banna, Abou Elkassim Britel, Khaled El-Masri, Binyam Mohammed, Abu Omar y Maher Arar, de acuerdo con las investigaciones realizadas en España e Italia. Subraya, además, que tres de ellos procedían de o se dirigían a Guantánamo. A pesar de que la Fiscalía de la Audiencia Nacional ha solicitado al Juez Ismael Moreno que se dicte una orden de arresto contra 13 agentes de la CIA que tripulaban el vuelo en el que El-Masri fue transportado, la imposibilidad de acceder a la información para probar la identidad real de estas personas, debido a la falta de colaboración de EEUU, mantiene congelada esta investigación³⁸². A la luz de los cables desvelados por Wikileaks, el compromiso con la justicia y con el esclarecimiento de los hechos de la Audiencia Nacional contrasta con la tolerancia hacia estas prácticas mantenida por el Ejecutivo español, que en caso de probarse en ámbito judicial, podría determinar el surgimiento de responsabilidad internacional para el Estado³⁸³.

Por el momento, la responsabilidad internacional en la que han incurrido los Estados europeos al cooperar con la CIA en su programa de “entregas extraordinarias” sólo ha sido denunciada ante el TEDH por aquellas personas que alegan haber sido víctimas de detención y torturas en centros de detención secretos situados en territorio europeo. Así, entre otros, cabe destacar el caso de El-Masri y de Abd Al-Rahim al Nashiri.

³⁸⁰ Parlamento Europeo, “Informe sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y detención ilegal de presos” de 30 de enero de 2007, realizado por la Comisión Temporal sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y detención ilegal de presos, que detalla la cooperación de cada uno de los países europeos con la CIA en su programa de “entregas extraordinarias” A6-0020/2007.

³⁸¹ *Id.*

³⁸² Tras solicitar, sin éxito, al Reino Unido y a Alemania a que tomaran declaración a dos periodistas con el fin de que aclarar la identidad de los espías estadounidenses que tripularon esos vuelos, y ante la imposibilidad de realizar estas identificaciones, el juez Moreno decidió archivar el caso en septiembre de 2014. MANCHADO, J., “El juez archiva la investigación de un vuelo de la CIA que hizo escala en Palma”, *El País*, 8 de septiembre de 2014. Disponible en http://politica.elpais.com/politica/2014/09/08/actualidad/1410185663_522922.html. Consultado el 06/09/2015.

³⁸³ Cable de 9 de septiembre de 2006 donde la embajada americana asegura que el Gobierno español no pone reparos a los vuelos. Consultado el 19/06/2012. Cable del 2 de enero de 2007 en el que la embajada de Madrid alerta sobre la investigación del juez Moreno. Disponible en http://www.elpais.com/articulo/espana/Cable/embajada/Madrid/alerta/investigacion/juez/Moreno/elpepuesp/20101202elpepunac_7/Tes. Consultado el 29/10/2013.

Khalid El-Masri c. Macedonia

El caso de El-Masri fue denunciado por el demandante en septiembre de 2009 ante el TEDH³⁸⁴.

Según la demanda de este ciudadano alemán de origen libanés, tras ser secuestrado en Macedonia en diciembre de 2003, estuvo detenido en régimen de incomunicación durante veintitrés días en los que fue interrogado. Alega, asimismo, haber sido agredido y sodomizado, el último día, por agentes de la CIA ante la mirada de agentes de Macedonia. Después le cubrieron los ojos, le colocaron un pañal y le subieron a un avión que le llevó a Afganistán. Afirma haber estado allí bajo custodia estadounidense durante cuatro meses, en los que ni tuvo acceso a un abogado ni pudo comunicarse con el mundo exterior, para después ser trasladado a Albania donde en mayo de 2004 fue liberado. Aparentemente, se trató de un error ya que El-Masri tenía el mismo nombre que un operativo de Al-Qaeda³⁸⁵.

El demandante alega que Macedonia violó los artículos 3 (prohibición de tortura), 5 (derecho a libertad y seguridad, por su detención durante 23 días por las autoridades macedonias y su traslado a Afganistán por agentes de la CIA) y 13 (derecho a un recurso efectivo en tanto que los tribunales de Macedonia no conocieron de su caso) de la CEDH.

Con anterioridad al recurso al TEDH, El-Masri había denunciado, sin éxito, los hechos ante el tribunal federal³⁸⁶, que fueron inadmitidos por el Tribunal de Apelación del Distrito en base a la doctrina de los privilegios de los secretos de Estado. El recurso al Tribunal Supremo tampoco surtió efecto ya que éste lo inadmitió sin justificación alguna³⁸⁷.

Tampoco había dado frutos la reclamación presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mediante la cual solicitó que se declarara que el programa de entrega de EEUU violaba la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre³⁸⁸.

³⁸⁴ TEDH, Asunto El-Masri c. Macedonia, solicitud núm. 39630/09, 18 de septiembre 2009). Disponible en <http://www.soros.org/sites/default/files/Application-Public-Version-20090921.pdf> Consultado el 29/10/2013.

³⁸⁵ Véase Lisa Myers & Aram Roston, “CIA Accused of Detaining an Innocent Man: If the Agency Knew He Was the Wrong Man, Why Was He Held?”, MSNBC, 21 de abril de, 2005. Consultado el 17/06/2012; Dana Priest, “Wrongful Imprisonment: Anatomy of a CIA Mistake”, Wash. Post, Dec. 4, 2005. Consultado el 7/06/2012.

³⁸⁶ El-Masri c. Tenet, 437 F. Supp. 2d 530 (2006).

³⁸⁷ El-Masri c. Estados Unidos, 479 F.3d 296 (4th Cir. 2007), cert. denied, 128 S. Ct. 373 (2007). Consultado el 17/06/2012

³⁸⁸ Estados Unidos no ha respondido a esta reclamación. Petition Alleging Violations of the Human Rights of Khaled El-Masri by the United States of America with a Request for an Investigation and Hearing on the Merits (Inter-Am. Comm’n H.R. Apr. 9, 2008), consultar. Además de esto, El-Masri testificó ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, lo cual dio lugar a que esta actitud se condenara por parte del Comité, Véase Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Estados Unidos de América, Doc. NU. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1 (18 de diciembre de 2006). En particular, el Comité incluye entre sus principales motivos de preocupación “la interpretación restrictiva que hace el Estado Parte del artículo 7 del Pacto, según la cual entiende: a). que la

Por fin, el TEDH hace público su veredicto el 12 de diciembre de 2012, condenando a Macedonia. El Tribunal estima que este país ha incurrido en responsabilidad internacional por haber permitido la comisión de torturas contra el demandante en su territorio³⁸⁹.

Abd Al-Rahim al Nashiri c. Polonia

Al Nashiri es un nacional saudí, operativo de Al Qaeda que fue detenido en Dubai en octubre de 2002 y, bajo custodia estadounidense, inmediatamente trasladado a prisiones gestionadas por la CIA en Afganistán y Tailandia, donde fue sometido a la tortura del “waterboarding”. También alega maltrato durante su estancia en una prisión secreta en Polonia en la que afirma haber sido sometido a ejecuciones simuladas y haber sido amenazado con daños a su madre. En este momento, sigue en Guantánamo, donde la fiscalía prepara la solicitud de la pena capital contra él por su participación en los atentados terroristas del U.S.S Cole en Yemen en el año 2000.

El demandante alega que Polonia violó los artículo 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura), 5 (derecho a la libertad y seguridad), 8 (derecho a la vida familiar privada), 10 (libertad de expresión) y 13 (derecho a un recurso efectivo) y el Protocolo 6, que prohíbe la pena de muerte, al permitir la detención en régimen de incomunicación y cooperar con los agentes de la CIA para su traslado, independientemente del riesgo de ser sometido a torturas o ser condenado a pena de muerte y no abrir investigaciones para esclarecer estos hechos. El TEDH no ha emitido aún una sentencia sobre este caso.

3.2.4. La ejecución como alternativa a la extradición: targeted killings³⁹⁰

obligación de que nadie sea sometido a los tratos prohibidos por el artículo 7 del Pacto no incluye la obligación de no exponerlo a esos tratos mediante la transferencia, la entrega, la extradición, la expulsión o la devolución: b) que, en cualquier caso, no tiene ninguna obligación de no deportar a un individuo que pueda ser objeto de tratos crueles inhumanos o degradantes distintos de la tortura, tal como el Estado Parte entiende el término; y c) que no está sometido a ninguna obligación internacional de respetar una regla de no devolución en relación con las personas que tiene detenidas fuera de su territorio. (...) La preocupación del Comité se ve agravada por el hecho de que hasta ahora se haya podido hacer valer el secreto de Estado en los casos en que las víctimas de esas prácticas han solicitado reparación ante los tribunales del Estado Parte (por ejemplo, las causas de Maher Arar c. Ashcroft (2006) y Khaled Al-Masri c. Tenet (2006) (art 7).”, párr. 16. Consultado el 17/06/2012.

³⁸⁹ Se trata de una sentencia de gran interés que introduce, entre otras cosas, novedades en el ámbito procesal al dotar a los documentos de Wikileaks de carácter de prueba. TEDH, Asunto El-Masri c. República de Macedonia, sentencia de 13 de diciembre de 2012, solicitud núm. 39630/09. También sobre esta sentencia, véase el interesantísimo análisis de Chantal Meloni en el que aborda el tratamiento del derecho a la verdad por parte del tribunal. MELONI, C., “Extraordinary renditions della CIA e responsabilità europea: il punto di vista della Corte Europea...*op. cit.*”

³⁹⁰ Se opta aquí por mantener la expresión inglesa original en lugar de recurrir al término “asesinato selectivo” con el que se ha traducido habitualmente porque el mismo, tal y como indica Rodríguez-Villasante y Prieto, no es fiel a la expresión inglesa. Así, este autor, buscando el sentido preciso de los términos que componen la locución, propone traducir la expresión como “ataques letales selectivos”. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “Targeted killing”: de los “ataques letales selectivos” a los “asesinatos selectivos” y a las “ejecuciones

En 1998, el experto en extradición Gilbert, escribió unas palabras que hoy, a la luz del contenido que se va a abordar en este apartado, pueden resultarnos sorprendentes: “As far as is known to this writer, the processes of extradition have yet to kill anyone”.³⁹¹

Inspirados por el principio *mala captus, bene detentus*, algunos de los métodos analizados hasta ahora, aunque burlando el procedimiento oficial de extradición mediante el recurso de medios ilícitos y vulneradores de los derechos humanos, han tenido como objetivo garantizar el enjuiciamiento de los presuntos autores de delitos. Recapitulando, entre ellos, podemos citar el secuestro internacional o la deportación como extradición encubierta. Los atentados del 11-S visibilizaron y consolidaron una práctica muy poco documentada hasta ese momento: las entregas extraordinarias. Esta práctica va un paso más allá y representa una perversión de la figura de la extradición que, lejos de tener como fin último posibilitar el enjuiciamiento del sospechoso de terrorismo, persigue la obtención de información mediante la tortura. La política del asesinato selectivo objeto de este epígrafe, representa el último paso en la cadena de involución de la cooperación internacional para la lucha contra la impunidad. Estamos ante una práctica que viola flagrantemente los derechos humanos atentando contra el bien jurídico más preciado: la vida, y ante la cual no hay posibilidad de defenderse. El asesinato selectivo puede definirse como el uso de fuerza mortal de manera intencional, premeditada y deliberada por parte de un Estado o de sus agentes con apariencia jurídica o por parte de un grupo armado organizado en un conflicto armado contra un individuo concreto que no se encuentre bajo su custodia física. Puede cometerse tanto en tiempos de paz como en el contexto de un conflicto violento. Los medios utilizados van desde el uso de francotiradores, los disparos de corta distancia, el lanzamiento de misiles desde helicópteros, los aviones no tripulados y los coches bomba, al envenenamiento³⁹². Esta práctica se ha venido justificando, tras los atentados del 11 de septiembre, en tanto que representa una respuesta legítima a la amenaza terrorista.

El uso del término se generalizó a partir del año 2000, cuando Israel hizo pública su política de “asesinatos selectivos” de presuntos terroristas en los Territorios Ocupados de Palestina³⁹³.

extrajudiciales”, en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos, Reflexiones sobre el conflicto colombiano, Dtores: DÍAZ BARRADO, C.M., FERNÁNDEZ LIESA, C.R., RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., Civitas, 2013, pp. 349-350.

³⁹¹ GILBERT, G., *Transnational Fugitive Offenders in International Law...op. cit.*, 1998, p.361.

³⁹² Asamblea General de Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, Addendum, Estudio sobre asesinatos selectivos, 28 de mayo de 2010, A/HRC/14/24/Add.6, párrs. 1-8.

³⁹³ BEN-NAFTALI, O., y MICHAELI, K., “We must not make a scarecrow of the law: a legal analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings”, *Cornell International Law Journal*, núm. 36, 2003, p. 233, p. 234, citado en Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, ejecuciones sumarias o arbitrarias, Philip Alston, Doc. NU. A/HRC/14/24 de 20 de mayo de 2010.

La decisión de tratar aquí exclusivamente los asesinatos selectivos teniendo en cuenta la magnitud y gravedad del fenómeno más amplio de las ejecuciones sumarias, extrajudiciales y arbitrarias³⁹⁴ responde a la relación directa de esta práctica con la extradición, y en concreto, a la posibilidad de concebirla como una alternativa a la extradición oficial que no sólo viola los derechos humanos y el propio concepto de sistema jurídico sino que atenta contra la soberanía de los Estados.

El estudio específico sobre los asesinatos selectivos del Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de 2010, analiza la regulación y práctica de este fenómeno de Israel, Estados Unidos y Rusia en este ámbito.

Los asesinatos selectivos perpetrados por Israel en los Territorios Ocupados de Palestina, encuentran justificación, según el Gobierno de Israel, en el derecho a la legítima defensa y en el derecho internacional humanitario en tanto que la Autoridad Palestina no estaba tomando medidas para juzgar e impedir el terrorismo, y en concreto, los ataques suicidas contra Israel. Según la organización de derechos humanos israelí B'tselem, entre el año 2000 y la actualidad, un total de 255 personas han sido víctimas de los asesinatos selectivos en la Franja de Gaza y Cisjordania³⁹⁵. En diciembre de 2006, el Tribunal Supremo israelí reconoció la legalidad de los asesinatos selectivos de civiles siempre y cuando estuvieran participando directamente en las hostilidades y se cumplieran cuatro requisitos³⁹⁶, requisitos que, más allá de su dudosa legalidad, ni siquiera han sido respetados, según el Informe de la organización.

En cuanto a Estados Unidos, su política de asesinatos selectivos haciendo uso de aviones no tripulados (drone strikes) tanto en el marco de un conflicto armado³⁹⁷ como el de Iraq o Afganistán, como en territorios en los que no existe tal conflicto, es de sobra conocida³⁹⁸. Aunque es difícil cifrar el número de

³⁹⁴ Y teniendo en cuenta, como subraya el Relator Especial, que los asesinatos selectivos, al contrario que las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, pueden ser legales en el marco de un conflicto armado (Supra Informe del Relator Especial sobre ejecuciones... párr.10)

³⁹⁵ B'tselem, The Israeli information center for Human Rights in the occupied territories.

³⁹⁶ Los requisitos establecidos por el Tribunal para que el asesinato selectivo esté dentro de la legalidad, pueden resumirse así: 1. Comprobación de la identidad del objetivo; 2. Inexistencia o imposibilidad de usar otros medios menos dañinos; 3. Investigación retroactiva de la identificación y circunstancias de cada ataque; y 4. Los daños colaterales a civiles deben respetar el principio de proporcionalidad regulado por el Derecho Internacional Humanitario. Israel High Court of Justice, *The Public Committee Against Torture et al. v. The Government of Israel*, et. al. HCJ 769/02, Judgement of 14 december 2006 (PCATI).

³⁹⁷ CASEY-MASLEN, S., "Pandora's box? Drone strikes under ius ad bellum, ius in bello and human rights law", *International review of the Red Cross*, vol. 886, junio 2012, pp. 597-625; CAHALL, B., "At least 16 suspected militants killed by US drone strike in North Waziristan", *Foreign Policy*, 3 de julio 2013. Disponible en http://afpak.foreignpolicy.com/posts/2013/07/03/at_least_16_suspected_militants_killed_by_us_drone_strike_in_north_waziristan

³⁹⁸ En un libro publicado en abril de 2013, el reportero especializado en relaciones internacionales y premio Pulitzer, Mark Mazzetti, desvela que los primeros ataques con drones en Paquistán fueron el resultado de acuerdos entre el Gobierno de Paquistán y la CIA en virtud

víctimas de estos ataques³⁹⁹, conviene hacer referencia, como ejemplo, al asesinato selectivo del supuesto líder de Al Qaeda, Qaed Senyan al-Harithi y sospechoso de haber perpetrado el atentado terrorista del USS Cole. Este asesinato fue efectuado por un avión no tripulado de la CIA cuando el sospechoso se encontraba en territorio yemení, reconocido y defendido por la administración americana⁴⁰⁰. Por desgracia, la entrada de Obama no ha supuesto ninguna variación en la posición de la administración americana con respecto a la legalidad del recurso a esta práctica en el marco de la mal llamada “guerra contra el terror”. A pesar de las pruebas que evidencian las numerosas muertes de civiles inocentes como consecuencia de este práctica⁴⁰¹, los asesinatos selectivos de supuestos integrantes de Al Qaeda siguen perpetrándose bien mediante aviones no tripulados⁴⁰² bien mediante ejecuciones directas por agentes de la CIA, tales como la de Osama Bin Laden en mayo de 2011⁴⁰³. Solo la presión pública derivada de la reciente noticia de la

de los cuales los primeros cedían espacio aéreo a los segundos a cambio de la eliminación de ciertos líderes rebeldes, en muchos casos aliados de los Talibanes. MANZZETTI, M., *The Way of the Knife: The CIA, a Secret Army and a War at Ends of the Earth*, Penguin Press, 2013. Consúltense los recientemente publicados informes de Amnistía Internacional y Human Rights Watch sobre la incidencia de este fenómeno en Paquistán. Amnistía Internacional, “Will I be next?”, US drone strikes in Pakistan, Index nº ASA 33/013/2013 de 22 de octubre de 2013. Disponible en <http://www.amnesty.org/es/library/info/ASA33/013/2013/en>. Se trata de un informe que investiga los 45 ataques reconocidos en el norte de Waziristán entre enero de 2012 y agosto de 2013. Entre las averiguaciones realizadas, el informe destaca que en varios casos los drones mataron civiles indiscriminadamente. En el apartado 6 se estudia el fenómeno de los ataques desde aviones no tripulados bajo el derecho internacional, y en concreto, bajo el derecho internacional humanitario. Human Rights Watch, “Between a Drone and Al-Qaeda” de 22 de octubre de 2013. Disponible en <http://www.hrw.org/print/reports/2013/10/22/between-drone-and-al-qaeda>.

³⁹⁹ Según las diferentes fuentes del Informe los números oscilan entre 20 y cientos. Véase por ejemplo, las publicaciones del Bureau of Investigative Journalism que, en su informe sobre los ataques con aviones no tripulados perpetrados en Paquistán en 2012, ha cifrado el número de muertos entre 229-400. The Bureau of investigative journalism, “Get the data: drone wars, Obama 2012 Pakistan strikes”, 2012. Disponible en <http://www.thebureauinvestigates.com/2012/01/11/obama-2012-strikes/> Consultado el 21/10/2013.

⁴⁰⁰ US defends Yemen strike BBC, 10 de noviembre 2002.

⁴⁰¹ Los cables revelados por Wikileaks afirman que el primer ataque con aviones no tripulados en Yemen por Obama en diciembre de 2009 causó docenas de muertes de civiles, incluyendo 14 mujeres y 21 niños. Amnesty International, Wikileaks cable corroborates evidence of US airstrikes in Yemen.

⁴⁰² Ataque en Pakistán con aviones no tripulados causando la muerte del supuesto número dos de Al Qaeda, junio de 2012.

⁴⁰³ Discurso oficial en el que el Presidente Obama anuncia el asesinato selectivo de Osama Bin Laden por la CIA y, agradeciendo a los agentes que han llevado a cabo esta operación, la califica de logro. La utilización de la célebre frase “Justice has been done” para referirse a una ejecución o asesinato selectivo realizado de espaldas a cualquier procedimiento jurídico mina los fundamentos y principios básicos del sistema jurídico y atenta flagrantemente contra los derechos de seguridad jurídica. Recientemente, el Relator Especial sobre derechos humanos y lucha contra el terrorismo ha abierto una investigación para evaluar este fenómeno de manera más directa y su impacto sobre la población civil, tras el informe publicado por HRW y la Harvard Legal Clinic (23/01/2013). Véase RAFIN, R., “International concern over the use of Drones and Unmanned Weapons”, en ilawyerblog.com. Disponible en

muerte de cuatro estadounidenses como consecuencia de estos ataques ha conseguido arrancar del Presidente un compromiso para establecer nuevas limitaciones a la utilización de esta técnica⁴⁰⁴. Los tribunales de otros Estados han evitado pronunciarse sobre la ilegalidad de estos asesinatos cuando se les ha presentado la oportunidad. Así, en el asunto Khan en el Reino Unido, el demandante, hijo de una víctima de estos asesinatos, presentó ante los tribunales ingleses pruebas de que el ataque selectivo causante de la muerte de su padre y de otras 40 personas había sido facilitado por información que proporcionaba el Gobierno inglés. El demandante solicitó, sin éxito, que se declarara la ilegalidad de la decisión del Secretario de Estado inglés de proporcionar esta información al gobierno americano para la perpetración de los asesinatos selectivos. El demandante sostuvo que, en tanto que no existía un conflicto armado internacional en Pakistán, los empleados del Servicio de Comunicación del Gobierno no estaban amparados por la inmunidad del combatiente y que, por ende, podrían ser acusados de cooperar o inducir estos asesinatos perpetrados en el norte de Waziristan. El haber proporcionado esta información al Gobierno americano, fue tildado por el demandante de cooperación con la comisión de un crimen de guerra. Estas solicitudes fueron rechazadas por el tribunal inglés, que se negó a juzgar los actos soberanos de otros Estados, lo cual significa el rechazo a pronunciarse sobre la legalidad de los ataques selectivos. Ante la respuesta del demandado, que insistió en que el pronunciamiento que solicitaba del tribunal se circunscribía a valorar la actuación de los funcionarios del Servicio de Comunicaciones del Reino Unido, el tribunal afirmó que no podía valorar la actuación de los mismos en tanto que no contaba con pruebas fehacientes de estos actos, así como del conocimiento e intencionalidad de los mismos al llevarlos a cabo, afirmando que la hipótesis de que se encontraran pruebas de cargo contra estos funcionarios era el resultado de una “conjetura imaginativa”.⁴⁰⁵

En cuanto a Rusia, las operaciones militares que han resultado en asesinatos selectivos en Chechenia se han venido justificando en el marco de la lucha contra el terrorismo, lo cual resulta preocupante, tal y como pone de manifiesto el Relator Especial, Philip Alston, en el territorio de un país en el que una gran parte de su población ha sido calificada de terrorista⁴⁰⁶. Llama también la atención la aprobación de una Ley en 2006 que permite a los servicios de seguridad rusos, previa autorización del Presidente, llevar a cabo ejecuciones de terroristas fuera del territorio de su Estado, emulando el carácter expansivo de la capacidad de actuación de los agentes americanos e israelíes.

En cuanto a la legalidad del recurso de los asesinatos selectivos, si bien es cierto que esta actuación puede quedar amparada por el DIH siempre y cuando

<http://ilawyerblog.com/international-concerns-on-the-use-of-drones-and-unmanned-weapons/> 23 de enero 2013.

⁴⁰⁴“ Obama, in a Shift, to Limit Targets of Drone Strikes”, New York Times, 23 de mayo de 2013.

⁴⁰⁵ R (on the application of Khan) c. Secreatry of State for Foreign and Commonwealth Affairs (2012) EWHC 3728 (Admin), Sentencia de 21 de diciembre de 2012.

⁴⁰⁶ Ver Informe del Relator Especial sobre ejecuciones...párr. 23

se den una serie de requisitos⁴⁰⁷, el Relator Especial, al abordar los ataques de aviones no tripulados reconoce que es prácticamente imposible que se cumpla el requisito de la legítima defensa anticipatoria, que en este contexto legitimaría el ataque:

“En términos prácticos, existen muy pocas situaciones fuera del contexto de conflicto violento en las que se cumple con el requisito del carácter necesario del recurso a la defensa propia. Para ello, la situación ha de ser abrumadora, instánea, sobrevenida y no debe permitir la actuación alternativa, no existiendo tiempo ni para pensar (...). Además, el asesinato de cualquier otra persona que no fuera el objetivo (familiares o vecinos) constituye una privación arbitraria de la vida bajo el derecho de los derechos humanos y puede generar responsabilidad del Estado además de responsabilidad penal individual”.⁴⁰⁸

A la luz de todo lo anterior, podemos estar parcialmente de acuerdo con la afirmación del profesor Gilbert, que encabeza este apartado. Si bien es cierto que el número de muertes en los procesos de extradición no es especialmente llamativo, es importante contemplar el cuadro completo para entender que esto no es necesariamente una buena noticia. Los asesinatos selectivos representan una alternativa a la extradición, que viola de manera flagrante los derechos humanos, y atenta contra los cimientos del sistema jurídico. Sus autores sienten que están por encima de la ley y que por lo tanto están legitimados para juzgar, condenar a muerte y ejecutar esta condena al margen de un proceso judicial. En este sentido, esta práctica puede concebirse, de manera muy abstracta y desde un enfoque prescriptivo, en una alternativa a la extradición en tanto que el fin perseguido por los Estados responsables de estos asesinatos es “juzgar” y “condenar” a los presuntos criminales (terroristas, en los casos estudiados). Precisamente al definirse como una alternativa a la extradición, esta práctica se puede llegar a definir como una “estatalización del ajuste de cuentas” que difícilmente puede encontrar justificación alguna en el derecho internacional, a pesar de los esfuerzos de algunos países dirigidos a adaptar el marco normativo existente a su gusto y necesidades⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷Para los requisitos véase Supra Informe párr. 30. Algunos autores americanos han querido extender esta justificación a la guerra contra el terror, cuya improcedencia y manifiesta ilegalidad ya ha sido tratada en profundidad en el apartado 3.2. Véase también HEYMANN, P.B., & KAYYEM, J.N., *Long-Term Strategy Project for Preserving Security and Democratic Freedoms in the War on Terrorism* (2004). Para profundizar sobre el debate, véase EMMANUEL GROSS, “Thwarting Terrorist Acts by Attacking the Perpetrators or Their Commanders as an Act of Self-Defense: Human Rights Versus the State’s Duty to Protect its Citizens”, *Temp. Int’l & Com. L.J.*, núm. 15, 2001, p. 195, p. 245-46; ULRICH, J., “The Gloves Were Never On: Defining the President’s Authority to Order Targeted Killing in the War Against Terrorism”, *Va. J. Int’l L.*, núm. 45, 2005, p. 1029.

⁴⁰⁸ Supra Informe del Relator Especial sobre ejecuciones...párr. 86. Traducción de la autora.

⁴⁰⁹En el momento en el que se están escribiendo estas líneas acaban de publicarse dos importantes informes en relación a la posible ilegalidad de los ataques a través del uso de aviones no tripulados. Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias” de 13 de septiembre de 2013, Doc. NU. A/68/382; Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo” de 18 de septiembre de 2013, Doc. NU. A/68/389*.

IV. LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR COMO HERRAMIENTA DE LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

"Tenemos que librar al planeta del hecho obscuro de que una persona tenga más probabilidades de ser juzgada si mata a un ser humano que si mata a 100.000⁴¹⁰".

José Ayala Lasso, Ex Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos

4.1. La impunidad. Concepto y efectos

Antes de adentrarnos en el estudio del fenómeno de la impunidad y el potencial efecto de la obligación de extraditar o juzgar sobre la misma⁴¹¹, conviene realizar unas aclaraciones previas. En efecto, cuando hablamos de impunidad, es preciso distinguir entre la impunidad fáctica y la impunidad normativa⁴¹². Esta última se fundamenta en la existencia de normas jurídicas que buscan hacer inviable la persecución penal de los presuntos responsables de los más graves crímenes internacionales y encuentra su máxima expresión en las conocidas "leyes de amnistías".

En el caso de la impunidad fáctica, la situación es distinta. Así, en palabras del fiscal Carlos Castresana: "cuando se habla de impunidad de facto, el Derecho existe, las normas están en vigor, han sido debidamente aprobadas, y sin embargo por alguna razón no se aplican, no obtienen consecuencias prácticas y

⁴¹⁰ Citado en el tercer informe anual del TPIY en The Hague Yearbook of International Law, 1996, pp. 154. Traducción de la autora.

⁴¹¹ Cláusula que Fernández Liesa incluye, citando a RODRÍGUEZ CARRIÓN, entre las conexiones competenciales que se han multiplicado como forma de lucha contra la impunidad, junto con "la aparición de jurisdicciones universales nacionales, la constitución de tribunales internacionales y la eliminación de las inmunidades personales". FERNÁNDEZ LIESA, C., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Civitas, 2013, pp. 341-342.

⁴¹² Distinción tomada prestada del profesor Chinchón Álvarez. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., El concepto de impunidad a la luz del Derecho Internacional: una aproximación sistémica desde el Derecho Internacional Penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 24, 2012, pp. 3-4. En la misma línea de la nota al pie anterior, este autor realiza otra importante distinción entre la impunidad en sentido amplio y la impunidad en sentido estricto, pp. 3: "La primera vendría referida a la no persecución de conductas tipificadas que pueden encuadrarse en la criminalidad común; (...) Sin embargo, cuando hablamos de impunidad en sentido restringido estaríamos no ante delitos comunes, sino que las conductas a abordar serán crímenes de derecho internacional y/o violaciones a los derechos humanos".

concretas⁴¹³". Sin perjuicio de un breve recorrido a través de las distintas leyes de amnistía promulgadas en los últimos tiempos, el objeto de este trabajo nos obliga a centrarnos en la impunidad de facto, en la creencia de que, en este momento histórico, es aquí donde el *aut dedere aut judicare* puede realizar su mayor contribución⁴¹⁴.

Habiendo descartado, por inabarcable, el interesantísimo debate en torno a los argumentos políticos y legales que subyacen al conflicto "justicia versus paz" que desde hace años enfrenta la doctrina en el ámbito de la Filosofía del Derecho⁴¹⁵, se desglosarán aquí algunos de los efectos que la impunidad ha

⁴¹³ CASTRESANA, C., "Lucha contra la impunidad", transcripción de la conferencia pronunciada en las Jornadas contra la Tortura, Universitat de Valencia, 28 noviembre de 2002. Disponible en "Textos para una Justicia Universal", citado en CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., El concepto de impunidad a la luz...*op. cit.*, p. 4. Frente a la impunidad de facto se han pronunciado, entre otros, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase CIDH, Asunto P. Blanca, Paniagua y Morales y otros, c. Guatemala, Sentencia de 8 de marzo de 1998, p. 173.

⁴¹⁴ Sin que ello sea óbice para considerar la posibilidad de que al *aut dedere aut judicare* sirva también como herramienta para combatir o dejar sin efecto aquellas leyes de amnistía que conforman la impunidad normativa. Es más, ya existen ejemplos muy cercanos en los que se ha invocado la obligación de extraditar o juzgar para desactivar leyes de amnistía que impiden el enjuiciamiento de presuntos responsables de crímenes de lesa humanidad. Véase el auto mediante el cual la Jueza argentina María Severini dicta una orden de arresto contra 4 presuntos torturadores durante el franquismo. Juzgado criminal y correccional federal 1, Auto, Causa núm. 4.591/2010, "N.". s/genocidio", de 18 de septiembre de 2013, p.140: "Entonces como sostiene Relva en su artículo, los crímenes de lesa humanidad pertenecen a la categoría de *jus cogens*, constituyen una *obligatio erga omnes* y su represión es inderogable. Los deberes jurídicos que ello acarrea son la obligación de enjuiciar o extraditar (*aut dedere aut iudicare*);". Se apoya, en su razonamiento jurídico en construcciones jurídicas sostenidas por académicos como Bassiouni, tal y como veremos más adelante, o Hugo Relva.

⁴¹⁵ Dorado Porras sintetiza y divide en dos grupos los argumentos a favor de la persecución penal en los casos de violaciones graves de derechos humanos: "(...) Por lo que respecta al **argumento político**, se centra en la idea de que una verdadera reconciliación no puede conseguirse con el olvido de la impunidad y exige la persecución penal de las graves violaciones de derechos humanos. En cuanto a los **argumentos legales**, existe un primer argumento que tiene que ver con la propia defensa del Estado de Derecho y que está, por tanto, directamente conectado con el argumento político. En este sentido, la persecución penal pondría al Estado en el buen camino de la democracia, al no hacer excepciones a la aplicación del Derecho y lo vincula con el Estado de Derecho y el restablecimiento de la confianza de los ciudadanos en el Imperio de la ley. Un segundo argumento, conectado con el anterior, es que la aplicación del imperio de la ley en el ámbito penal supondría el cumplimiento de ciertos fines que son valiosos en sí mismos, y que pueden ser definidos de forma genérica como los fines de la pena: básicamente, los fines de retribución, prevención -general y especial- y reinserción". Negrita añadida. DORADO PORRAS, J., "Justicia transicional, persecución penal y amnistías", núm. 28, Época II, enero 2013, pp. 81-113, p. 84. A riesgo de simplificar, se dividen aquí a los autores en dos grupos: aquellos que creen que "no hay paz sin justicia" y aquellos que reconocen excepciones a esta afirmación y valoran el papel de los mecanismos extrajudiciales, simultánea o exclusivamente en la justicia transicional y en la consolidación de una paz duradera. Entre los primeros, radicalmente a favor del enjuiciamiento penal como paso previo necesario al esfuerzo reconciliador, encontramos a la Ex Fiscal para la Antigua Yugoslavia, Carla del Ponte que en la Conferencia de clausura del Congreso Internacional de Jóvenes Penalistas celebrado en 2011 en la Universidad de La Rochelle, sostiene que "en ningún caso deben crearse Comisiones de Verdad o comenzarse procesos de reconciliación antes de que se haya hecho justicia, a través de los tribunales". (Notas en posesión de la autora) y a Mark Ellis, ELLIS, M., "Combating Impunity and Enforcing Accountability as a Way to Promote Peace and Stability-The Role of International War Crime Tribunals", *J.Nat'l Security L. & Pol'y*, vol. 2, 2006, p. 111-164, p. 163. Menos radical pero en una clara postura de defensa del proceso penal, se pueden citar los siguientes autores: AKHAVAN, P., "Justice in The Hague, Peace in the Former Yugoslavia? A

tenido en las distintas sociedades que la han padecido. Se cuenta para ello con una importante fuente de datos proporcionada por el trabajo de investigación de M. Ellis, Director Ejecutivo del International Bar Association, que estudia el impacto de la impunidad en varios Estados durante 25 años. Entre ellos, cabe destacar el análisis realizado en los siguientes países: Timor Oriental, Camboya, Colombia, Guatemala y Liberia.

Como se verá a continuación, las conclusiones extraídas resultan, cuanto menos, alarmantes. En el caso de Timor Oriental, la impunidad que, *de facto*, venían disfrutando los presuntos autores de gravísimas violaciones de derechos humanos durante los 24 años que duró la ocupación de Indonesia en Timor y de la masacre que siguió a la proclamación de independencia de este país en 1999, se institucionalizó cuando, por decisión del Gobierno de Timor, se sustituye la persecución penal con un proceso de reconciliación mediante la Comisión de Verdad y Amistad, que comenzaría su actividad el 11 de agosto de 2005⁴¹⁶. El efecto de la impunidad en este caso fue la repetición de estas mismas atrocidades en la provincia Aceh de Indonesia, en algunos casos por los mismos oficiales que habían sido previamente acusados de la perpetración de crímenes

Commentary on the United Nations War Crimes Tribunal”, *Human Rights Quarterly*, 1998, vol. 20(4), pp. 737-816, pp. 743-751; TEITEL, R., “Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation”, *The Yale Law Journal*, 1997, vol. 106(7), 2009-2080, pp. 2031-2031; ORENTLICHER, D., “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, *Yale Journal of International Law*, 1991, vol. 100, p. 2539- 2615; MALMUD-GOTI, J., “Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?”, *Human Rights Quarterly*, vol. 12, 1990, pp. 11-13, KIRSCH, P., “Applying the principles of Nuremberg in the International Criminal Court”, 5*Washington University Global Studies Law Review*, vol 6, pp. 501-509, p. 502. Por último, autores como Olásolo se apoyan en el Estatuto de Roma para defender la persecución penal frente a otras medidas de justicia transicional. OLÁSULO, H., “Reflexiones sobre el principio de complementariedad en el Estatuto de Roma”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 82, 2003, pp. 47-76, p. 68. En el segundo grupo encontramos posiciones escépticas con el “poder sanador” de los procesos penales. Estas posiciones, enraizadas en el realismo o el pragmatismo se apoyan en el carácter interrelacional del derecho, la política y el poder para sostener que en tanto que los Estados son a la vez actores, legisladores, ejecutores y jueces del derecho internacional, para defender que una “justicia pura”, es, en cualquier caso, inalcanzable. Véase entre otros, SUBOTIC, J., *The Paradox of International Justice Compliance*, *The International Journal of Transitional Justice*, 2009, 1-22, pp. 22 y PENKSY, M., “Amnesty on Trial: Impunity, Accountability and the Norms of International Law”, *Ethics and Global Politics*, núm. 1, 2008. Para profundizar sobre esta cuestión, consúltese el trabajo de Kai Ambos que estudia lo que denomina como los enfoques “estricto” y “flexible” en la concepción del instituto de la amnistía. AMBOS, K., *The legal framework of transitional justice*, Study Prepared for the Conference “Building a Future on Peace and Justice”, Nuremberg, 25-27 de junio de 2007, pp. 29-52.

⁴¹⁶ Se trata esta de una Comisión creada por acuerdo entre el gobierno de Indonesia y el gobierno de Timor Oriental. Disponible en <http://www.ctf-ri-tl.org/>. Consultado el 17/10/2013. Recuérdese que ya en el año 2000, la Comisión de Investigación de las Naciones Unidas había recomendado la creación de un tribunal para juzgar los crímenes de guerra como pilar de la estabilidad futura de Timor Oriental. El Secretario General de Naciones Unidas, ante las promesas, aún incumplidas, de Indonesia de abrir procedimientos penales para conocer de estos hechos, decidió dar un voto de confianza a los tribunales domésticos. Los intentos por establecer tribunales ad hoc a este fin resultaron todos fallidos. En Timor Oriental, por otro lado, en el año 2000, se establecieron unos “Tribunales Especiales para Crímenes Graves en Timor Oriental”. Estos tribunales, con participación internacional, funcionaron en la forma pero no en el fondo ya que, cuando se formalizaba una acusación y se solicitaba la extradición, el gobierno de Indonesia la denegaba. El gobierno de Timor Oriental, al ver peligrar las nuevas relaciones con Indonesia descalificó al Tribunal, cuestionando su credibilidad.

internacionales en Timor Oriental⁴¹⁷.

En el caso del genocidio cometido por los Jémeres Rojos en Camboya entre 1975 y 1979, el manto de impunidad que ha cubierto este país desde el fin del conflicto hasta que en junio de 2003, finalmente el acuerdo entre el Gobierno del país asiático y las Naciones Unidas sobre los términos en los que establecer la Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya llega tarde y mal, en tanto que no solo son pocos los líderes responsables de las atrocidades que por edad han sobrevivido y por ende, pueden responder ante la justicia, sino que el Gobierno Camboyano que, durante todo este tiempo ha concedido numerosas amnistías, sigue, en la actualidad, poniendo trabas al desarrollo de la actividad del Tribunal⁴¹⁸.

Las críticas que la ley de amnistía⁴¹⁹ y perdón colombiana (2002), dictadas en el marco del conflicto entre las fuerzas gubernamentales y grupos armados rebeldes en Colombia, ha recibido, son de sobra conocidas. En efecto, al margen de los clásicos reproches que siguen siempre a la eliminación de la responsabilidad penal, esta ley ha sido tildada de utilitarista en tanto que ha buscado amnistiar a paramilitares que cometieron crímenes que convenientemente apoyaban las políticas del gobierno⁴²⁰. En este caso, las consecuencias de la impunidad pueden dividirse en dos grupos: a nivel humano, la población ha tenido que vivir durante casi cincuenta años en una situación de conflicto violento⁴²¹ y a nivel jurídico, la perpetuación de la impunidad en este caso ha desembocado en la apertura de una investigación por parte de la CPI⁴²², con una parte de la doctrina abogando por que este tribunal, ante la “incapacidad o falta de voluntad” de Colombia, ejerza su competencia subsidiaria y conozca de estos hechos⁴²³. La perpetuación del estado de

⁴¹⁷ Indonesia: Aid Workers Executed in Aceh, HUMAN RTS. NEWS, Dec. 8, 2000. Disponible en <http://www.hrw.org/en/news/2000/12/07/indonesia-aid-workers-executed-aceh>. Consultado el 17/10/2013. ELLIS, M., “Combating Impunity and Enforcing Accountability as a Way to Promote Peace and Stability-The Role of International War Crime Tribunals”, 2 *J.Nat'l Security l. & Pol'y* 111, 115 (2006), p. 124.

⁴¹⁸ SCHLEIN, L., “UN Says Corruption in Cambodia Hinders Progress”, www.voanews.com, 18 de abril de 2005. Disponible en <http://www.voanews.com/english/2005-04-18-voa33.cfm..> Consultado el 17/10/2013; Human Rights Watch, Human Rights Review: Cambodia, enero de 2004. Disponible en <http://www.hrw.org/legacy/english/docs/2004/01/21/cambod6974.htm> Consultado el 17/10/2013.

⁴¹⁹ Ley de justicia y paz de 25 de julio de 2005. Disponible aquí. Consultado el 17/10/2010.

⁴²⁰ Véase, entre otros, CABRALES SALAZAR, O., “Ley de justicia y paz y el marco legal para la paz ¿un paso más hacia la impunidad?”, *Justicia Iuris*, vol. 8, núm. 1, 2012, pp. 84-91.

⁴²¹ Entre los actores más destacados se encuentran las guerrillas armadas denominadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (“FARC”) y el Ejército de Liberación Nacional (“ELN”); grupos armados paramilitares, a veces denominados colectivamente Autodefensas Unidas de Colombia (“AUC”); y las fuerzas armadas nacionales y la policía.

⁴²² CPI, Oficina de la Fiscalía, Reporte Intermedio sobre la situación en Colombia, noviembre de 2012. Disponible en [http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure of the court/office of the prosecutor/comm and ref/Pages/Situation-in-Colombia-Interim-Report.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/comm%20and%20ref/Pages/Situation-in-Colombia-Interim-Report.aspx). Consultado el 17/12/2013.

⁴²³ GARCÍA OTERO, R., “Activación de la competencia complementaria de la Corte Penal Internacional en Colombia”, *Justicia Iuris*, vol. 8, núm.1, 2012, pp. 149-157.

violencia o la incapacidad de poner fin a este conflicto podría leerse como una tercera consecuencia de la impunidad, admitiendo que concurren, junto a esta, otras muchas y complejas causas.

El conflicto interno que asoló a Guatemala durante una guerra civil que duró 36 años y que finalizó en 1996 dejó tras de sí un balance de 200.000 muertos o desaparecidos. Tras el fin del conflicto, se establece la Comisión para el Esclarecimiento Histórico que en 1999 publica un informe en el que documenta la comisión de genocidios, desapariciones y secuestros, en la mayoría de los casos con la connivencia o incluso por orden de las autoridades del Estado⁴²⁴. En este informe la Comisión recomienda enérgicamente el procesamiento de los presuntos responsables. A día de hoy, los avances en el cumplimiento de esta recomendación son bastante modestos. Más allá de la sentencia condenatoria dictada por un tribunal doméstico contra 13 soldados por la masacre de Xamán, sólo es posible aludir a la condena del ex Presidente Efraín Ríos Montt, por crímenes de guerra y genocidio, vigente muy poco tiempo hasta que el Tribunal Constitucional decidió revocarla⁴²⁵.

En este caso, el autor formula las consecuencias de la impunidad de una manera más abstracta y quizás un tanto alambicada, afirmando que como resultado de la misma “persiste la inseguridad, la ausencia de justicia, el racismo y la pobreza generalizada y extrema⁴²⁶”.

En el caso de Liberia, dos han sido los obstáculos a los que se ha tenido que hacer frente a la hora de perseguir penalmente los hechos: la amnistía concedida a todos los combatientes en el marco de los Acuerdos de Paz de Lomé de 1999 y el asilo concedido a Charles Taylor en Nigeria en agosto de 2003. En este caso, Ellis interpreta el establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona, mediante acuerdo entre las Naciones Unidas y Sierra Leona a solicitud del Consejo de Seguridad en agosto del año 2000⁴²⁷, como una decisión dirigida a “revertir las políticas desastrosas implementadas previamente con el fin de poner fin al largo conflicto de Liberia⁴²⁸”. Este Tribunal, tras conseguir que en

⁴²⁴ ELLIS, M., “Combating Impunity and Enforcing...*op. cit.*, p. 135.

⁴²⁵ ELÍAS, J., El Constitucional de Guatemala anula la condena al exdictador Ríos Montt, El País, 21 de mayo de 2013. Disponible http://internacional.elpais.com/internacional/2013/05/21/actualidad/1369101633_290958.html. Consultado el 17/10/2013. A la espera de un debate que ha de celebrarse en el Congreso a principios de 2014 para evaluar la posibilidad de conceder a Ríos Montt la amnistía, el último episodio de este asunto ha estado protagonizado por la decisión de la Corte Constitucional del pasado 22 de octubre de 2013 de aplicar el decreto 8-86, que contiene la amnistía a todos los miembros de las fuerzas armadas y a los guerrilleros, sin ninguna excepción, por delitos que se hubieran cometido durante el conflicto armado interno. Gramajo, J., Contreras, G., y Palma, C., Opiniones a favor y contra de la posible amnistía a Ríos Montt, Prensa Libre, 24 de octubre de 2012. Disponible en http://www.prensalibre.com/noticias/politica/amnistia-Rios_Montt-genocidio-Corte_de_Constitucionalidad-militares-Carol_Patricia_Flores_o_1016298533.html. Consultado el 24/10/2013.

⁴²⁶ ELLIS, M., “Combating Impunity and Enforcing...*op. cit.*, p. 136.

⁴²⁷ El Tribunal *ad hoc* fue establecido por acuerdo el 16 de enero de 2002 en Freetown. La Resolución 1315 (2000) del 14 de agosto de 2000 del Consejo de Seguridad había requerido al Secretario General que negociara un acuerdo entre estos dos actores para crear un tribunal independiente para enjuiciar aquellas violaciones graves del derecho internacional humanitario y de la ley de Sierra Leona cometidas en el marco del conflicto armado.

⁴²⁸ ELLIS, M., “Combating Impunity and Enforcing...*op. cit.* p.136.

2006, Nigeria, a petición de la Presidenta de Liberia, extraditase al ex mandatario, lo condenó a 50 años de privación de libertad por la comisión de crímenes de lesa humanidad⁴²⁹, decisión que fue confirmada en apelación⁴³⁰. En otras palabras, el autor considera que la intervención internacional en virtud de la cual se estableció el Tribunal Especial para Sierra Leona es el resultado de la falta de implementación de mecanismos de lucha contra la impunidad con carácter previo.

Así, a la luz de lo analizado, a modo de síntesis y sin ánimo de exhaustividad en una cuestión que debe ser abordada conjuntamente desde varias disciplinas⁴³¹, tales como la psicología, la sociología, el derecho y la teoría del Estado, se pueden enumerar algunas de las consecuencias de la institucionalización de la impunidad en ciertas sociedades postconflicto: intervención de la comunidad internacional mediante la CPI o mediante tribunales internacionales creados *ad hoc*, recrudecimiento y perpetuación del conflicto y situaciones de injusticia y repetición de las atrocidades.

4.2. El marco jurídico internacional de la lucha contra la impunidad

Partiendo del reconocimiento de la proliferación que en los últimos tiempos ha experimentado la regulación convencional de la prohibición de la impunidad, especialmente en el ámbito de los más graves crímenes internacionales, se ha estimado ineludible en este apartado, a efectos de contextualización, realizar una esquemática referencia al marco jurídico convencional vigente.

El primer reconocimiento convencional importante del derecho al recurso efectivo de toda víctima de la violación de sus derechos humanos, se positiviza en el artículo 2 del Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El contenido de esta disposición ha sido desarrollado por la Observación General 31 del Comité de Derechos Humanos, que destaca algunos aspectos de gran relevancia en la configuración del derecho al recurso efectivo. Así, en relación al párrafo 2 del artículo 2, que permite a los Estados Partes hacer efectivo los derechos del Pacto de conformidad con los procedimientos constitucionales internos, el Comité subraya que “el mismo principio se aplica con el fin de evitar que los Estados Partes invoquen disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o

⁴²⁹ El ex Presidente de Liberia fue encontrado culpable de abusar de su poder y colaborar en la comisión de crímenes cometidos en Sierra Leona durante la guerra civil. Los delitos que se lo imputaron incluían el asesinato, actos de terrorismo, esclavitud sexual, violación, trato cruel, atentados contra la dignidad humana, otros actos inhumanos, esclavitud y reclutamiento de niños soldados. Tribunal Especial para Sierra Leona, Fiscal c. Charles Ghankay Taylor, Sala de Primera Instancia (Trial Chamber), Caso no. SCSL-03-01-T, Sentencia de 30 de mayo de 2012.

⁴³⁰ Tribunal Especial para Sierra Leona, Fiscal c. Charles Ghankay Taylor, Tribunal de Apelación, caso núm. SCSL-03-01-T, Sentencia de 26 de septiembre de 2013.

⁴³¹ Sobre los efectos de la impunidad, en general y desde distintas ramas del conocimiento véase DUTRÉNIT BIELOUS, S.E., Secuencias de la impunidad prolongada: la experiencia uruguaya cuando amenecen verdad y justicia, *Historia Actual Online*, n°30, 2012, pp. 7-22; DE CASTRO KORGI, A., Impunidad, venganza y ley (más allá de la ley del padre), *Desde el jardín de Freud: revista de psicoanálisis*, núm. 5, 2005, pp. 226-241. Impunidad como factor desencadenante de la criminalidad, *Capítulo criminológico: revista de las disciplinas del Control Social*, 1, vol. 36, núm. 2, 2008, pp. 71-92.

de aplicación de las obligaciones dimanantes del tratado⁴³²". En esta misma línea, unos párrafos mas adelante, el Comité vuelve a insistir sobre el carácter imperativo de la efectividad de los derechos reconocidos, excluyendo la posibilidad de justificar la falta de cumplimiento de esta obligación "alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro del Estado⁴³³", para terminar añadiendo que "la falta de sometimiento a la justicia de los autores de esas violaciones podía de por sí constituir una violación separada del Pacto⁴³⁴". Otro instrumento Convencional que persigue garantizar el enjuiciamiento de los más graves crímenes internacionales es la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1970⁴³⁵. Además, a nivel convencional, la prohibición de la impunidad ha de inferirse, de la incorporación de la obligación de extraditar o juzgar a los tratados internacionales de prohibición de graves violaciones de derechos humanos⁴³⁶.

⁴³² Comité de Derechos Humanos, Observación General 31. Las índole de la obligación jurídica impuesta, Documento UN: HRI/GEN/1/Rev.9, Vol. I, p. 291, párr. 4.

⁴³³ *Id.* párr. 14. En este apartado no se abordará la cuestión de la reparación, objeto de análisis en el subepígrafe dedicado a la justicia transicional.

⁴³⁴ *Id.* párr 18. El Comité alerta del efecto de la impunidad de las más graves violaciones de derechos humanos, entre las que enumera concretamente varios subtipos de crímenes de lesa humanidad: "Esas obligaciones surgen, en particular, con respecto a las violaciones reconocidas como delictivas con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes similares (art.7), la ejecución sumaria y arbitraria (art.6) y la desaparición forzosa (artículos 7 y 9 y, frecuentemente, 6). En realidad, el problema de la impunidad con relación a esas violaciones, asunto que causa una constante preocupación al Comité, puede constituir un elemento importante que contribuye a la repetición de las violaciones. Cuando se cometen como parte de un ataque generalizado sistemático contra la población civil, esas violaciones del Pacto son crímenes de lesa humanidad".

⁴³⁵ En efecto, aunque limitándose a abordar el obstáculo temporal, el artículo IV realiza una importante aportación al marco jurídico internacional de lucha contra la impunidad: "Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida".

⁴³⁶ En el Capítulo IV se presentará una relación exhaustiva de los tratados reguladores de crímenes internacionales que han incorporado la referida cláusula a su texto. También a nivel regional, podemos encontrar mecanismos para luchar contra la impunidad así como jurisprudencia que se ha pronunciado en este sentido. Véase, sin ánimo de exhaustividad, a nivel europeo: ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, "State of human rights in Europe: the need to eradicate impunity", Resolución 1675 (2009), adoptada el 24 de junio de 2009; COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, "Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on eradicating impunity for serious human rights violations", CM/Del/Dec(2011)1110, 4 de abril de 2011; sobre la obligación de realizar una investigación efectiva cuando puede haber responsabilidad del Estado o de sus agentes por la pérdida de una vida véanse las sentencias del TEDH: Sieminska c. Polonia (dic.), no. 37602/97, 29 de marzo de 2001; McCann y otros c. Reino Unido, 27 de diciembre de 1995, § 161, Series A no. 324; Ergi c. Turquía, 28 de julio de 1998, § 82, Reports 1998-IV. En la sentencia Abdulsamet Yaman c. Turquía de 2 de noviembre de 2004, no. 32446/96 (2004), TEDH 572 párr. 55, el Tribunal afirma que los delitos que involucran torturas o tratos inhumanos o degradantes ni prescriben ni pueden ser objeto de amnistía o perdón. En el ámbito africano, los Principios del Cairo de 2002 afirman la incompatibilidad del derecho internacional con las amnistías cuando se trata de graves violaciones de derechos humano. En efecto, el Principio 15 reconoce que, en el caso de concederse, la amnistía no tendrá efectos más allá de las fronteras del Estado que la

Como detecta perspicazmente Dorado Porras, la multiplicación de instrumentos en contra de la impunidad en el seno de las Naciones Unidas es un fenómeno relativamente reciente⁴³⁷. Más allá de las motivaciones que puedan subyacer a este cambio de rumbo, previsiblemente conectadas con las violaciones masivas de derechos humanos perpetradas en el marco de los procesos de transición de dictaduras a democracias en la Ex Yugoslavia y América Latina y durante guerras civiles en África, lo cierto es que actualmente, la comunidad internacional cuenta con una batería de documentos, principios y resoluciones que abogan por la justicia penal condenando rotundamente la impunidad en cualquiera de sus manifestaciones.

Así, por ejemplo, los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a obtener recursos y a obtener reparaciones”⁴³⁸, incorporan, desde 2005, un precepto reconocedor de la obligación de juzgar a los presuntos responsables de crímenes internacionales, tanto desde las obligaciones que vinculan al Estado (“4. En los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas (...)”⁴³⁹), como desde el reconocimiento de los derechos

conceda y que, en ningún caso, exime al Estado de su responsabilidad de extraditar o juzgar al presunto autor. Consultado el 18/10/2013. En el ámbito regional latinoamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce, en su artículo 25 el derecho a la protección judicial. También se ha pronunciado al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, en el informe anual de 1985, pp. 2005 afirma que las amnistías decretadas por los propios responsables de las violaciones no podían tener validez. La CIDH además consideró contrarias a la Convención las leyes de amnistía de Argentina, Uruguay, Chile y El Salvador. (Informe 34/1991, 35/1991 y 25/1993). Por último, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pueden encontrarse varios ejemplos de anulación de leyes de amnistía: *Barrios Altos c. Perú* (2001); *Almonacid c. Chile* (2006); *Julia Gómez Lund (guerrilla de Araguaia) c. Brasil* (2010); *Asunto Moiwana c. Surinam* (2005), párr. 167. *Aunto A. Goiburú y otros c. Paraguay* (2006) párr. 12. En el caso de La Cantuta, la CIDH reconoció que el Estado estaba obligado a combatir la situación de impunidad que imperaba en el caso por todos los medios disponibles, ya ésta propiciaba la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares. *La Cantuta c. Perú* (2006). Véase también, como *soft law* en el ámbito americano la Resolución sobre el derecho a la verdad de 6 de junio de 2006, Res. 2175, XXXVI, O/06.

⁴³⁷ DORADO PORRAS, J., “Justicia transicional, persecución penal. *op. cit.*, pp. 82. En efecto, este autor evidencia un marcado cambio de opinión en el seno de esta organización que, en 1983 encargaba estudios acerca del papel que las leyes de amnistía podrían tener en la salvaguarda y la promoción de los derechos humanos, pasando en 1991 a encargarle al mismo jurista (Louis Joinet) “otro estudio en el que se analice como las amnistías, en lugar de contribuir a la promoción de los derechos humanos, pueden ser un obstáculo para la lucha contra la impunidad”.

⁴³⁸ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Documento NU E/CN.4/2005/L.10/Add. 11 de 19 de abril de 2005.

⁴³⁹ *Id.* párr. 4, Sección III. Cursivas añadidas. La referencia en el Preámbulo de estos Principios a la obligación de juzgar como mecanismo de lucha contra la impunidad y

de las víctimas a acceder a un recurso efectivo (“11. Entre los recursos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario figuran los siguientes derechos de las víctimas: a. Acceso igual y efectivo a la justicia; b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y c) Acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación (...)”⁴⁴⁰).

En el caso de los Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad de 2005, el artículo 21 recomienda a todos los Estados que se incluya, en todos los documentos internacionales de Derechos Humanos y que se refieren a crímenes graves conforme al DI, una cláusula de competencia universal aplicable a esos delitos. Aunque la claridad de este artículo impide que surjan dudas acerca del reconocimiento de este principio, los términos en los que se formula la segunda parte de este precepto nos sugieren que también se está recomendando la inclusión del reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar. Así, la segunda parte de este artículo reza como sigue: “Los Estados deberán garantizar que cumplen plenamente todas las obligaciones jurídicas que han asumido para iniciar procesos penales contra las personas respecto de las cuales hay pruebas fidedignas de responsabilidad individual por delitos graves por Derecho Internacional si no extraditan a los sospechosos o los transfieren para ser juzgados ante un Tribunal internacional o internacionalizado”⁴⁴¹.

En este caso, la expresión utilizada por la Comisión de Derechos Humanos parece albergar el reconocimiento del *aut dedere aut judicare* en los términos de triple alternativa planteada por el Relator especial para este tema, a la que se aludirá en el capítulo V de esta obra⁴⁴².

posibilitador de la aplicación efectiva del principio de complementariedad: “Recordando que el derecho internacional contiene la obligación de enjuiciar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales conforme a las obligaciones internacionales de los Estados y a los requisitos del derecho interno o conforme a lo dispuesto en los estatutos aplicables de los órganos judiciales internacionales, y que la obligación de enjuiciar refuerza las obligaciones jurídicas internacionales que deben cumplirse de conformidad con los requisitos y procedimientos jurídicos nacionales y favorece el concepto de complementariedad (...)”.

⁴⁴⁰ *Id.* párr. 11, Sección VII.

⁴⁴¹ Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad, 61º período de sesiones, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, principio 21, p.13. Estos Principios habían sido aprobados inicialmente en 1997, actualizándose en el 2005.

⁴⁴² Otros instrumentos de soft law que incorporan el reconocimiento de este principio son: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías”, Naciones Unidas, 2009. Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf; las siguientes resoluciones de Naciones Unidas: SubComisión de Derechos Humanos, Res. 2000/24, Rol de la competencia extraterritorial o universal en la acción preventiva contra la impunidad 18 de agosto de 2000, E/CN.4/SUB.2/RES/2000/24; Comisión de Derechos Humanos, res. 2000/68, Impunidad, 26 April 2000. E/CN.4/RES/2000/68; Comisión de Derechos Humanos, res. 2000/70, Impunidad, 25 de abril de 2001, E/CN.4/RES/2000/70 (tomando nota de la Subcomisión, res. 2000/24); Subcomisión en la Prevención de Discriminación y Protección de Minorías. La Administración de Justicia y los Derechos Humanos del Detenido, la cuestión de la impunidad

Además, en mayo de 2012, el mandato del Relator Especial para la Promoción de la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, creado por el Consejo de Derechos Humanos mediante la resolución 18/7 comenzó a funcionar, tras el nombramiento del nuevo Relator, Pablo de Greiff. En su primer informe, reconoce que la persecución penal es uno de los cuatro componentes de su mandato: “El Relator Especial considera que los cuatro componentes del mandato, a saber la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, constituyen una serie de áreas de acción interrelacionadas que pueden reforzarse mutuamente en el proceso de subsanar las secuelas del abuso y la vulneración masivas de los derechos humanos⁴⁴³”. En efecto, a pesar de que no alude explícitamente en este primer informe a la lucha contra la impunidad, no parece que el reconocimiento de la justicia o vía judicial como componente esencial del mandato sea compatible con la misma.

4.3. Amnistías y asilos como desafíos a la efectividad de esta herramienta

4.3.1. Amnistías

El complejo y antiguo debate sobre la fundamentación y legitimidad del instituto de la amnistía excede, con creces, el ámbito de este trabajo⁴⁴⁴.

No obstante, es preciso reconocer que se trata de una figura que, aunque polémica, ha estado muy presente en el ámbito de las relaciones internacionales del siglo XX⁴⁴⁵. El Comité de Derechos Humanos en su Observación 20, califica las amnistías relativas a las violaciones graves de los derechos humanos como incompatibles con el Pacto⁴⁴⁶.

Las construcciones jurídicas que han pretendido fundamentar las distintas concepciones de la legalidad o legitimidad de esta figura son variadas. En algunos casos, se ha argumentado que el principio de legalidad (leyes internas de amnistía) puede ser y ha sido neutralizado por un principio de seguridad jurídica internacional, el principio de la identidad o continuidad del Estado, cuya esencia es descrita por el profesor Chinchón en los siguientes términos: “(...) el Estado continúa siendo el mismo, a los efectos del ordenamiento jurídico

de los responsables de violaciones de derechos humanos. (Civiles y Políticos) informe final revisado preparado por Mr. Joinet en el marco de la SubComisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev. 1, y Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2000/62.

⁴⁴³ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff de 9 de agosto de 2012, Documento NU A/HRC/21/46, párr. 21.

⁴⁴⁴ Algunos tratamientos de esta cuestión pueden consultarse en: PENKSY, M., “Amnesty on Trial: Impunity, Accountability... *op. cit.*;

⁴⁴⁵ Menciónense a modo de ejemplo las leyes argentinas de “Punto Final” de 23 de diciembre de 1986 y de “Obediencia Debida” de 8 de junio de 1987. Para un análisis minucioso de las leyes de amnistía e indultos dictados en Argentina tras la caída del último gobierno militar, véase OLLÉ SESE, M., *Justicia universal para crímenes internacionales*, Ed. La Ley, Madrid, 2008, pp. 287-305.

⁴⁴⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General 20 al artículo 7 del PIDCP, reemplaza a la Observación general 7, prohibición de la tortura y los tratos o penas cruels (art. 7), 44º período de sesiones, 1992, párr. 15.

internacional, cualquiera que sea el cambio o cambios ocurridos en su organización interna. En consecuencia, toda alteración que pueda acaecer en la organización política de un Estado, siempre y cuando no afecte a la condición internacional de éste, será simple y llanamente irrelevante en lo que se refiere al cumplimiento de sus obligaciones internacionales frente a terceros⁴⁴⁷. En este mismo sentido se pronuncia la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto Velásquez Rodríguez, que entiende que el principio de continuidad del Estado es aplicable en la medida en que la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno⁴⁴⁸.

En otros casos, la doctrina, desde una óptica más pragmática que fundamentadora, ha planteado dejar sin validez las leyes domésticas de amnistías mediante el recurso a la jurisdicción extraterritorial, evidenciando la posibilidad de juzgar a los presuntos responsables de crímenes internacionales a través de terceros Estados⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Justicia transicional: “Memoria Histórica”, y responsabilidad internacional del Estado: Un análisis general a propósito del cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales en juego después de más de tres décadas del inicio formal de la transición política española”, *Revista de Derecho de Extremadura*, núm. 4, enero/abril 2009, p. 53. Así, este autor argumenta que la Ley de Amnistía de 1977 violaba la obligación de perseguir penalmente que se infiere de los artículos 2.1 y 2.3 del PIDCP, ya en vigor en el momento de la promulgación de la Ley. Gil Gil enriquece este encendido debate apoyándose en un pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que niega la violación de este artículo cuando los hechos se hubieran producido antes de la entrada en vigor del texto convencional. GIL GIL, A., “Justicia transicional en España” en *Justicia...op. cit.* pp. 164-165. Deja sin embargo esta autora una puerta abierta, o más bien una rendija mediante la referencia a la costumbre internacional: “La única opción es afirmar la existencia de una obligación de perseguir penalmente determinados delitos (torturas, ejecuciones extrajudiciales, etc.) que prohibiría las amnistías, como norma consuetudinaria de *ius cogens* anterior a 1977, para lo que nos faltaría una práctica de los Estados que es inexistente, e incluso una *opinio iuris* que tampoco creo que pueda constatarse”. No obstante, ante la postura mantenida por el TS en el caso Scilingo, en el que niega tajantemente la aplicación directa del derecho consuetudinario por parte de los tribunales españoles a menos que exista una previa transposición al derecho interno, tampoco está claro que, la demostración de la naturaleza consuetudinaria de dicha obligación sirviera de algo. En este sentido, Fernández Liesa advierte que “sería conveniente que se pronunciase en un futuro el Tribunal Constitucional español, que podría corregir esta posición en un sentido más abierto a la evolución del Derecho Internacional, teniendo en cuenta la apertura al mundo con el que se elaboró la Constitución”. FERNÁNDEZ LIESA, C., *El Derecho internacional de los derechos humanos...op. cit.* p. 360.

⁴⁴⁸ CIDH, caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 184.

⁴⁴⁹ GIL GIL, A., “Justicia transicional en España” en *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, coord. Por Josep Tamarit Sumalla, Atelier, Barcelona, 2010, p.164. En relación a los crímenes cometidos durante la Guerra Civil, esta autora sostiene que “no es posible afirmar su carácter delictivo conforme al Derecho Penal Internacional”, en tanto que el mismo “se desarrolló con posterioridad”. (pp. 166) De esta misma opinión es el Profesor Fernández Liesa. FERNÁNDEZ LIESA, C., “Aspectos jurídico-humanitarios de la guerra civil española” en *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo: homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia* / coord. por Antoni Pigrau i Solé, Andreu Olesti Rayo, Vol. 1, 2009 (El derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo), pp. 205-232, pp. 206-207: “Los principios *tempus regit actum*, de legalidad y de no retroactividad no permiten aplicar retroactivamente el crimen de genocidio o de los crímenes contra la humanidad a esa situación, como tampoco el posterior derecho internacional de los derechos humanos, o el Derecho humanitario de los convenios de 1949, 54 y de los protocolos del 77”. En el ámbito de la CPI, autores como Olásolo reconocen que no es posible determinar si el Estatuto de Roma prohíbe o por el contrario, permite las leyes de amnistía. OLÁSULO, H., *Reflexiones sobre el principio de complementariedad...op. cit.*, pp. 66.

También hallamos entre la doctrina autores que defienden las ventajas del instituto de la amnistía, la idoneidad de su aplicación en determinadas circunstancias y su conformidad con el Derecho Internacional⁴⁵⁰.

Dejando al margen la cuestión de España, sobre la que no existe acuerdo alguno ni a nivel doctrinal ni a nivel institucional, se recogen, en el cuadro a continuación, los numerosos países que, durante la segunda mitad del s. XX han promulgado leyes de amnistías⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ GARKAWE, S. "The South African Truth and Reconciliation Commission: A Suitable model to enhance the Role and Rights of the victims of Gross Violations of Human Rights", *Melbourne University Law Review*, vol. 27, 2003, pp. 334-380. Este autor argumenta que existen dos situaciones en las que el deber de enjuiciar puede quedar derogado: cuando la celebración del juicio penal implicaría un riesgo para la estabilidad del Estado y cuando la situación en la que se encuentra el sistema judicial hace del enjuiciamiento una tarea "objetivamente inasumible para el Estado". Nos surge inmediatamente la pregunta a la que se intentará dar respuesta a lo largo de esta obra: En estos casos, ¿tiene entonces el Estado la obligación de extraditar? pp. 341-342. Sobre la potencial caracterización de la amnistía como "mal menor", "cuando haya pruebas certeras de que (...) los juicios suponen un peligro real para estos valores (paz y mantenimiento del orden democrático)", véase DORADO PORRAS, J., "Justicia transicional, persecución penal...*op. cit.*", pp. 90 y ss. Este autor también desarrolla la interesante propuesta de las "amnistías condicionadas" como mecanismos que, enmarcados en un proceso de justicia transicional "pueden ofrecer métodos alternativos de cumplir con las obligaciones de los Estados bajo el Derecho Internacional"(p. 91), siempre que se cumplan las denominadas por el autor "condiciones de legitimidad". A partir de la página 99, el autor esgrime los argumentos en los que apoya la defensa de la legalidad internacional de esta figura, que pueden ser resumidos en 1. Falta de prohibición expresa de la amnistía en el derecho internacional convencional; 2. Reconocimiento y fomento de las mismas en el artículo 6.5. del Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra y 3. Posible interpretación de que el Estatuto de Roma "no prescribe estrictamente una política de tolerancia cero con respecto de las amnistías". Sobre los diferentes tipos de amnistía y su carácter beneficioso o perjudicial para los procesos de transición democrática véase, BURKE-WHITE, W.W, "Reframing impunity: Applying Liberal International Law Theory to an Analysis of Amnesty Legislation", *Harvard International Law Journal*, vol. 42, p. 467, 2001.

⁴⁵¹ Para profundizar sobre esta cuestión, acúdase al completo trabajo de Mallinder. MALLINDER, L., *Fighting impunity and promoting international justice*, European Initiative for Democracy and Human Rights: Promoting Justice and the Rule of Law, "Global comparison of amnesty laws" (borrador), ISISC, 2008.



Figura 2. Estados que han promulgado leyes de amnistía durante los últimos
30 años

4.3.2. La “Alternativa Napoleónica⁴⁵²”

Los negociadores de paz han bautizado el recurso al exilio y el asilo en un país extranjero como vía para lograr el cambio de régimen la “Alternativa Napoleónica”, en referencia al tratamiento recibido por Napoleón Bonaparte que, después de su derrota frente a parte de la Séptima Coalición (alianza militar de las potencias europeas contra Napoleón I) en Waterloo en 1815, se exilió a la isla de Santa Helena, territorio de ultramar del Reino Unido, evitando así su enjuiciamiento y ejecución.

Más recientemente, varios dictadores han corrido la misma suerte, y han sido recibidos en paraísos de impunidad a cambio de su renuncia al poder. Entre otros, cabe citar a Ferdinand Marcos, que huyó de Filipinas para refugiarse en Hawai; Baby Doc Duvalier, ex dictador de Haití, que pasó 25 años exiliado en Francia antes de volver en el año 2011 a Haití, donde en este momento se enfrenta a un juicio por crímenes contra la humanidad perpetrados durante su mandato, entre 1971 y 1986⁴⁵³. Otro haitiano, el general Raoul Cedrás huyó a Panamá después de ser expulsado del poder, al que había accedido mediante un golpe de Estado en 1991, derrocando al entonces Presidente electo, Jean-Bertrand Aristide⁴⁵⁴. Mengistu Haile Miriam huyó de Etiopía en 1991, tras diecisiete años en el poder, para refugiarse en Zimbawe, donde permanece, protegido por el Gobierno de este país, que se niega a extraditarle. Desde el 11 de enero de 2007 pesa sobre él una condena a cadena perpetua dictada por el Tribunal Federal Superior de Etiopía por delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y daños corporales⁴⁵⁵. Idi Amin, ex dictador ugandés⁴⁵⁶, fue

⁴⁵² Véase LARSAEUS, N., “The Relationship between Safeguarding Internal Security and Complying with International Obligations of Protection. The Unresolved Issue of Excluded Asylum Seekers”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 73, 2004, pp. 69 a 97. En particular ver el apartado 3. “Aut dedere aut Judicare- Solving the Issue of Impunity?” En este apartado, el autor aborda la interesantísima cuestión del vacío jurídico existente en relación a la cláusula de exclusión del asilo o refugio para los presuntos autores de crímenes y la interacción con la obligación de extraditar o juzgar.

⁴⁵³ “Ancien président à vie d’Haïti, Jean-Claude Duvalier comparaît devant ses juges et ses victimes”, 01/03/2013, www.lemonde.fr. Consultado el 28/04/2013.

⁴⁵⁴ Exilio dirigido por la administración Clinton de Estados Unidos que tras amenazar con invadir el país, logró que Cedras dimitiera y se exiliara en Panamá. Véase “El general golpista Raoul Cedras abandona Haití y se asila en Panamá con su familia”, *El País* (archivo), 14 de octubre de 1994, Consultado el 28/04/2013.

⁴⁵⁵ Para profundizar sobre esta cuestión, es de necesaria consulta el único trabajo monográfico sobre este caso, cuya contribución es especialmente valiosa en tanto que el sistema judicial etíope no cuenta con un boletín oficial en el que pueda consultarse esta sentencia, precursora en tanto que fue el primer caso en el que un régimen entero fue juzgado por las atrocidades cometidas durante el tiempo que sus responsables (comúnemente conocido como “El Terror Rojo”) estuvieron en el poder. KEBEDE TIBA, F., “The Mengistu Genocide Trial in Ethiopia, Notes and Comments”, *Journal of International Criminal Justice* núm. 5, 2007, p.513. 25 de los 55 acusados fueron condenados, Tanto él como otros 11 miembros del organismo ejecutivo de la dictadura que gobernó Etiopía durante 17 años (régimen conocido por “el terror rojo”), han sido procesados por delitos de genocidio, homicidio, encarcelamiento ilegal y confiscación ilegal de la propiedad privada en un procedimiento que ha durado doce años. Mengistu ha sido hallado culpable de genocidio y condenado a cadena perpetua. Acúdase al Capítulo IV para mayor desarrollo de este caso.

acogido por Arabia Saudí, donde permaneció durante 23 años, hasta su muerte en 2003 y Charles Taylor también estuvo exiliado en Nigeria durante casi 3 años antes de ser juzgado y condenado por el Tribunal Especial para Sierra Leona, con sede en la Haya⁴⁵⁷. El caso Pinochet, aunque con algunas matizaciones, también podría encuadrarse dentro de este grupo. En este supuesto, fue el Reino Unido el Estado que denegó la solicitud de extradición emitida por el juez español, Baltasar Garzón, por razones médicas. Como es bien sabido, Pinochet posteriormente regresó a Chile donde, tras varios intentos de juzgarle y de retirarle la inmunidad de la que disfrutaba, murió antes de que esto se lograra⁴⁵⁸.

4.3.3. Otras amenazas: la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios del Estado. Evolución.

Si partimos de la clarificadora sistematización propuesta por el profesor Fernández Liesa, que distingue entre la inmunidad del Estado (de jurisdicción o ejecución)⁴⁵⁹, la inmunidad del Jefe de Estado y la inmunidad diplomática y consular, resulta evidente que, a la luz de la perspectiva doméstica desde la que se aborda el ejercicio de la jurisdicción para el crimen de lesa humanidad en este trabajo, es la segunda categoría la que nos interesa, en tanto que puede suponer un obstáculo a la apertura del proceso penal⁴⁶⁰.

En el asunto de la Orden de Detención de 11 de abril de 2000, el TIJ reconoció la inmunidad de jurisdicción al Ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo, Abdoulaye Yerodia, acusado de crímenes de lesa humanidad por haber pronunciado en 1998 un discurso público incitando

⁴⁵⁶ El número exacto de muertes durante su mandato (1971-1979) es desconocido. No obstante, la Comisión Internacional de Juristas de Ginebra estima que la cifra está entre 80.000 y 300.000. Otras estimaciones, realizadas por organizaciones de exiliados con la ayuda de Amnistía Internacional elevan la cifra de muertos a 500.000.

⁴⁵⁷ Tribunal Especial para Sierra Leona, Fiscal c. Charles Ghankay Taylor. Información y documentos del caso. Disponible en <http://www.sc-sl.org/CASES/ProsecutorvsCharlesTaylor/tabid/107/Default.aspx>. Consultado el 28/04/2013.

⁴⁵⁸ Para profundizar sobre el caso Pinochet, véase GARCÍA ARÁN, M; LÓPEZ GARRIDO, D., "Crimen Internacional y Jurisdicción Universal: el caso Pinochet", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Además de todos los anteriores, pueden traerse a colación el caso de Amin, ex Presidente de Uganda que pasó más de 30 años exiliado en Arabia Saudí, estuvo años en Nigeria exiliado y amnistiado. En otras ocasiones, las ofertas de exilio no han sido aceptadas por los mandatarios. Así, Sadam Hussein recibió una oferta de George Bush para exiliarse en Bahrein, que evidentemente rechazó. Tampoco Gadafi aceptó la oferta del Reino Unido de exiliarse para poner fin a los bombardeos que siguieron a la primavera árabe. En el caso de la masacre que lleva dos años perpetrándose en Siria, el aún Presidente Asad ha rechazado la oferta de Rusia de exiliarse en este país y posibilitar una transición pacífica.

⁴⁵⁹ Sobre esta cuestión, véase el análisis del asunto de las Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia, Grecia interviniente) en el Capítulo VII de esta obra.

⁴⁶⁰ Esto no ocurre, por ejemplo, en el marco de la Corte Penal Internacional, que no distingue, a efectos de inmunidad entre Jefes y exJefes de Estado, teniendo siempre competencia para ejercer su jurisdicción. Véase, como ejemplos prácticos de lo afirmado, la orden de arresto dictada contra Omar al Bashir, Presidente de Sudán o contra Muamar Gadafi, antes de ser asesinado. Sobre esto y sobre la referida clasificación, véase FERNÁNDEZ LIESA, C., *El Derecho internacional de los derechos humanos...op. cit.* pp. 351-354.

al odio racial⁴⁶¹. Para ello esgrimió un razonamiento jurídico basado en la aplicabilidad del derecho internacional consuetudinario en el que este principio (inmunidad de jurisdicción), según el Tribunal, había cristalizado. La sentencia fue objeto de importantes críticas, tanto desde dentro mediante las opiniones disidentes de algunos de sus componentes, como la de la jueza Van Wyngcart o el juez Al-Khasawneh, como desde fuera. En efecto, la doctrina ya en esta época parecía estar de acuerdo en reconocer que la inmunidad *ratinoae materiae* (esto es, por razón de funciones oficiales) no se aplicaba a los crímenes internacionales⁴⁶². El problema, tal y como pone de manifiesto Fernández Liesa, es determinar si nos encontramos frente a un acto soberano de Estado o a un acto realizado a título privado⁴⁶³. Diez años más tarde, el TIJ ha vuelto a ratificar el alcance limitado y temporal de la inmunidad de Jefe de Estado (que opera mientras los imputados desempeñan un cargo que la lleva aneja) en el asunto de la obligación de extraditar o juzgar entre Senegal y Bélgica, donde, como se analizará en profundidad en el Capítulo VIII, ha dictaminado que Senegal tiene la obligación de extraditar o juzgar al ex Presidente de Chad, Hissène Habré, con el fin de que sea juzgado por los crímenes cometidos

⁴⁶¹ Orden de arresto de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), I.C.J. Reports 2002.

⁴⁶² BIANCHI, A., "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", *EJIL*, vol. 10 (1999), 237-277, pp. 270-276; ABELLÁN HONRUBIA, V., "La responsabilité internationale de l'individu", *R. des C.*, vol. 280, 1999, pp. 35-428, pp. 220-330; JIMÉNEZ GARCÍA, F., "Justicia Universal e Inmunidades estatales: Justicia o Impunidad: ¿una encrucijada dualista para el derecho internacional?", *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 18, 2002, pp. 63-124. Este autor, además critica duramente el referido dictamen del TIJ: "Para la ensimismada Corte Internacional de Justicia, la jurisprudencia internacional penal existente resulta irrelevante, pues mediante un sedicente dualismo y una interpretación "antisistemática y miope", que resume en un escueto y único parágrafo, desestima las reglas sobre la improcedencia del cargo oficial declaradas en los Estatutos de los Tribunales penales internacionales, pues no considera que posean un valor jurídico más allá del que le reconocen dichos instrumentos internacionales ante la jurisdicción internacional, desposeyéndoles de la consideración de regla consuetudinaria oponible a las jurisdicciones nacionales, y desecha de forma insólita la motivación y razonamiento de la jurisprudencia de los Tribunales de Nuremberg y Tokio así como la emanada del Tribunal para la antigua Yugoslavia arguyendo que ninguna de sus decisiones se habían referido al tema de las inmunidades del Ministro de Asuntos exteriores en ejercicio". (pp. 111-112). Más favorable hacia la sentencia del TIJ en el caso de la Orden de Arresto de 11 de abril de 2000, que considera ajustada a derecho, se muestra Jaume Ferrer Lloret. FERRER LLORET, J., "Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la sentencia del tribunal internacional de justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)", *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 18, 2002, pp. 205-346, pp. 334: "(...) la constatación de que el MAE en activo disfruta de inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción absoluta ante los tribunales internos de terceros Estados resulta conforme con la práctica de los Estados, expresión del Derecho internacional consuetudinario en vigor". El internacionalista aborda en este trabajo no solo el contenido de la sentencia sino aquellas opiniones disidentes de los magistrados que presentan elaboradas y coherentes argumentaciones en contra del reconocimiento de inmunidad de jurisdicción al entonces Ministro de Asuntos Exteriores, Yerodia (pp. 331-333). Autores como Zappala han defendido la inmunidad de ejecución (que no de jurisdicción) solo durante el período en el que el mandatario ostenta el cargo oficial en aras del respeto al estatus de igualdad jurídica entre Estados soberanos. ZAPPALÁ, S., "Do Heads of State in office enjoy immunity from jurisdiction for International crimes? The Ghaddafi case before the French Cour de Cassation", *EJIL*, vol. 3, 2001, pp. 595-612.

⁴⁶³ FERNANDEZ LIESA, C., *El Derecho internacional de los derechos humanos...op. cit.* pp. 353.

durante su mandato. Varias han sido las razones que se encuentra en la base de esta postura:

a. La inmunidad de los jefes de Estado debe replegarse ante la naturaleza de *ius cogens* de las prohibiciones de los más graves crímenes internacionales⁴⁶⁴.

b. La comisión de estos crímenes internacionales no puede considerarse como actos subsumibles dentro de las funciones de un funcionario/agente u autoridad oficial y por ende, no pueden ser cubiertos por la inmunidad *rationae materiae*⁴⁶⁵.

c. Las razones que justifican la inmunidad no se aplican en el caso de los crímenes internacionales en tanto que aplicar la inmunidad a crímenes internacionales sería rechazar el principio de que la posición oficial de un individuo no le exime de responsabilidad individual para crímenes internacionales⁴⁶⁶.

En un minucioso estudio acerca de la evolución de la inmunidad de jurisdicción, Jiménez García sostiene que “En cuanto a los crímenes contra la humanidad, el Derecho Internacional general sí que establece una serie de límites a las inmunidades de jurisdicción de los Estados cuyo no reconocimiento supondría, por parte del órgano jurisdiccional competente, la adopción de una decisión no sólo arbitraria e irrazonable, sino directamente contraria al Derecho internacional y negadora del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁴⁶⁷”. Para fundamentar esta afirmación se remonta a la positivación de la improcedencia de la inmunidad en el Principio III de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg⁴⁶⁸, para después continuar con un recorrido por los instrumentos convencionales, la jurisprudencia y el estatuto de los tribunales penales internacionales *ad hoc* que se hubiesen pronunciado en el mismo sentido⁴⁶⁹.

⁴⁶⁴ Ver, por ejemplo, los párrafos 7 y 28, respectivamente de las opiniones disidentes de los jueces Al-Khasawneh y Van den Wyngaert en el caso de la Orden de Arresto. TIJ, Orden de arresto de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), 2002.

⁴⁶⁵ WIRTH, S., “Immunity for Core Crimes? The ICJ’s Judgement in the Congo v. Belgium Case”, *EJIL*, vol. 13, 2002, p. 877, p. 890; BIANCHI, A., “Immunity versus Human Rights...op. cit., pp. 260-261.

⁴⁶⁶ AKANDE, D., “The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits”, *Journal of International Criminal Justice*, núm. 1, 2003, pp. 618-650, p. 639.

⁴⁶⁷ JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Justicia Universal e Inmunidades estatales...op. cit., pp. 104-105.

⁴⁶⁸ Aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950, aunque previa y genéricamente habían sido confirmados por la Asamblea General en su resolución de 11 de diciembre de 1946. Este documento puede consultarse en “Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad Compendio de instrumentos internacionales pertinentes, ONU, A/CN.4/368, 13 abril de 1983. El referido Principio III afirma que “el hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional”.

⁴⁶⁹ *Id.*, JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Justicia Universal e Inmunidades estatales...op. cit., pp. 107-108. Entre otros, el autor menciona el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996, en particular su artículo 7. Remiro Brotons pone de manifiesto que, sin embargo, “incluso los tribunales internacionales encuentran límites para su acción, pues no pueden forzar el deber de cooperación con los Estados para entregar a una

Concluye este autor su trabajo, no sin antes haber abordado asuntos de referencia como el mencionado asunto Barrios Altos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, elogiando el papel de los tribunales domésticos en el enjuiciamiento de los crímenes internacionales, subrayando las “notorias contradicciones existentes entre la ancilar y alambicada jurisprudencia del TJI y del TEDH y la sólida y progresiva jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y de los Tribunales nacionales⁴⁷⁰”.

Sin embargo, no se trata ésta de una cuestión pacífica⁴⁷¹. De hecho, viene siendo objeto de estudio por la Comisión de Derecho Internacional desde el año 2006. En el último informe publicado por la Relatora Especial para el tema de la Inmunidad de Jurisdicción Penal Extranjera de los funcionarios del Estado, Concepción Escobar Hernández propone una serie de artículos a través de los cuales dar respuesta al debate acerca del alcance del tema. Al explicar la metodología seguida, la jurista destaca los 5 criterios por los que se ha guiado en su trabajo:

“a) El proyecto de artículos sólo se refiere a la jurisdicción penal, quedando excluida la inmunidad frente a la jurisdicción civil o administrativa;

b) El proyecto de artículos sólo se refiere a la inmunidad frente a la jurisdicción penal extranjera; es decir, la ejercida por un Estado distinto del de la nacionalidad del funcionario del que se predica la inmunidad. Ha de quedar excluida, por tanto, la inmunidad que pueda otorgarse en virtud del derecho nacional del Estado del funcionario;

c) El proyecto de artículos sólo se refiere a la inmunidad frente a la jurisdicción penal interna de los Estados, quedando excluida la inmunidad frente a las jurisdicciones penales internacionales;

d) El proyecto de artículos no se refiere a aquellas personas que estén sometidas a un régimen de inmunidad más específico, tales como los agentes diplomáticos, los funcionarios consulares, los miembros de misiones especiales o los agentes o funcionarios de una organización internacional⁴⁷²”.

persona si hacerlo es incompatible con sus obligaciones al respecto”. REMIRO BROTONS, A. et al., *Derecho Internacional...op. cit.*, pp. 1265.

⁴⁷⁰*Id.*, JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Justicia Universal e Inmunidades estatales...op. cit.”, pp. 123.

⁴⁷¹ Sobre la base legal de la inmunidad penal de los jefes de Estado, véase HENZELIN, M., “L’immunité pénale des chefs d’Etat en matière financière. Ver une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption?”, *Revue suisse de droit international et européen (RSDIE)*, Vol. 12, 2002, pp. 179-212, p. 184. Ver apartado II y III. Disponible en http://www.lalive.ch/data/publications/mhe_L_immunite_penale_des_chefs_d_Etat_en_matiere_financiere_2002.pdf. Consúltense también los Principios sobre inmunidad de jurisdicción y de ejecución del jefe de Estado y de gobierno en derecho internacional de 2001 del Instituto de Derecho Internacional. Disponible en http://www.idi-il.org/idiF/resolutionsF/2001_van_02_fr.PDF

⁴⁷² Se trata de una serie de criterios que nos pueden ayudar a intuir la dirección de la “codificación” o la “cristalización” de este principio en el derecho internacional. Consúltense el texto de los principios, que parecen incorporar la posición del CTIJ de no admisión de excepciones a la inmunidad de jurisdicción frene al ejercicio por un tercer Estado de su jurisdicción penal durante el ejercicio de sus funciones. Comisión de Derecho Internacional, Segundo Informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, Doc. NU. A/CN.4/661 de 4 de abril de 2013.

En efecto, aunque la dirección hacia la que se encamina la CDI en la configuración de este principio parece poder inferirse de los informes de la Relatora Especial, resulta de todo lo anterior que es aún pronto para sacar conclusiones definitivas acerca del alcance y contenido de este principio.

4.4. La justicia transicional⁴⁷³

La relación entre la obligación de extraditar o juzgar en relación al crimen de lesa humanidad y la justicia transicional no podía dejar de ser abordada, ya que estamos ante dos instituciones que se entrecruzan y en muchos casos, se solapan.

Con el objetivo de realizar un primer acercamiento definitorio al concepto de justicia de transición, conviene acudir al Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, que sostiene que la misma “abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos⁴⁷⁴”.

De la definición anterior se infiere que las NU conciben la justicia transicional como una amalgama de remedios judiciales y extrajudiciales en el que los procesos penales pueden coincidir en el tiempo (o no coincidir en absoluto) con las investigaciones y solicitud de reparaciones que resulten de la labor de las Comisiones de la Verdad. Se ha adelantado el rechazo que esta idea genera en un sector de la doctrina que considera que es necesario llevar a cabo primero el enjuiciamiento de los hechos para, una vez satisfechas las pretensiones jurídicas de las víctimas, realizar el esfuerzo de reconciliación y de escritura de la historia⁴⁷⁵.

No obstante, tomando como referencia la citada definición de la Secretaría General y teniendo en cuenta que el recurso judicial será objeto de estudio a lo largo de esta tesis, se abordarán brevemente, en este apartado aquellos

⁴⁷³ La exhaustiva investigación acerca de los efectos y percepción de la justicia transicional en sociedades postconflicto a partir del análisis de una decena de casos de estudio, publicada por el LSE este mismo año, es un documento de obligada consulta en este ámbito. MACDONALD, A., “Local understandings and experiences of transitional justice: a review of the evidence”, The Justice and Security Research Programme, Paper 6, julio de 2013.

⁴⁷⁴ Secretaría General de las Naciones Unidas: El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, Doc. NU. S/2004/616, 3 de agosto de 2004, párr. 8. Subrayado añadido.

⁴⁷⁵ Carla del Ponte en discurso de cierre del Congreso, 2011...*op cit.* La idea de la verdad judicial como una verdad más cualificada, con los estándares de prueba de los hechos exigidos en el proceso judicial, especialmente en el penal, ha sido una de las constantes en el mundo jurídico. FRANK, J., *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, Princeton, 1949, p. 49, citado en DORADO PORRAS, J., “Justicia transicional, persecución penal...*op. cit.*”, p. 93.

mecanismos extrajudiciales que forman parte de la “justicia transicional”. Para evitar repetir el análisis de las Comisiones de Verdad, cuestión vastamente analizada por la doctrina española e internacional⁴⁷⁶, y temiendo que no sea este el lugar adecuado para profundizar en este argumento lo suficiente como para realizar una aportación relevante, este apartado se concentrará en el estudio de una figura característica de la justicia transicional que, sin embargo, ha merecido menos atención por parte de la doctrina hispano-parlante, que no internacional⁴⁷⁷: los tribunales Gacaca⁴⁷⁸.

Los tribunales Gacaca se establecieron en Ruanda en 2002 como respuesta a la incapacidad del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y de los tribunales penales de este país para conocer de todos los casos resultantes de un genocidio de estas dimensiones. Así, se opta por instaurar formalmente, mediante la Ley Orgánica de establecimiento de las Jurisdicciones Gacaca de 30 de enero de 2000⁴⁷⁹, un sistema de justicia local que venía aplicándose en esta zona de

⁴⁷⁶ Las Comisiones de Verdad pueden ser definidas como “órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años”. SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, Documento NU S/2004/616, 3 de agosto de 2004, párr. 50. En 2004, las Comisiones de esta índole creadas superaban las 30. Entre ellas, cabe destacar las de Argentina, Chile, Sudáfrica, Perú, Ghana, Marruecos, El Salvador, Guatemala, Timor-Leste y Sierra Leona. Para profundizar en las comisiones de verdad, véase TAMARIT SUMALLA, J., Justicia Penal, Justicia Reparadora y Comisiones de la Verdad, en Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal, coord. Por Josep Tamarit Sumalla, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 45-69.

⁴⁷⁷ RETTIG, M., “Gacaca: Truth, Justice, and Reconciliation in Postconflict Rwanda?” *African Studies Review*, núm. 51(3), 2008, pp. 25-50; KIRKBY, C., “Rwanda’s Gacaca Courts: a Preliminary Critique”, *Journal of African Law*, vol. 50, núm. 2, 2006, pp. 94-117; LAHIRI, K., “Rwanda’s Gacaca Courts a Possible Model for Local Justice in International Crime”, *International Criminal Law Review*, vol. 9, núm. 2, 2009; FIERENS, J., “Gacaca Courts: Between Fantasy and Reality”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, núm.4, sept. 2005, pp. 896-919; SCHABAS, W., “Genocide Trials and Gacaca Courts”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, núm. 4, sept. 2005, pp. 879-895; SARKIN, J., “Tension between Justice and Reconciliation in Rwanda: Politics, Human Rights, Due Process and the Role of the Gacaca Courts in Dealing with Genocide”, *Journal of African Law*, vol.45, núm. 2, 2001, pp. 143-172, por citar solo unos cuantos ejemplos de trabajos publicados sobre esta cuestión.

⁴⁷⁸ En efecto, entre los escasos trabajos publicados en España sobre esta cuestión, cítese: CAPELLA I ROIG, M., “Jurisdicciones Gacaca: una solución local al genocidio ruandés”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 56, núm. 2, 2004.

⁴⁷⁹ En 2004, mediante la la Ley Orgánica 16/2004 de 19 de junio de 2004 se incorporaron algunas modificaciones: se redujo el número de niveles jurisdiccionales y el número de jueces requeridos para llevar un procedimiento gacaca, se establecieron penas fijas para los individuos culpables de dañar o amenazar a jueces o testigos en crímenes relacionados con el genocidio y se permitió a las víctimas de crímenes sexuales testificar solo ante un juez de su elección o ante el Fiscal. Loi organique n° 16/2004 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions gacaca chargées des poursuites et du jugement des infractions constitutives du crime de génocide et d’autres crimes contre l’humanité commis entre le 1er octobre 1990 et le 31 décembre 1994, publicada el 19 de junio de 2004. Consultada el 17/10 /2013. Esta ley fue modificada y complementada en 2006 por la Ley Orgánica 28/2006. Organic Law N° 28/2006 of 27/06/2006 Modifying and Complementing Organic Law N° 16/2004 of 19/06/2004 Establishing the Organisation, Competence and Functioning of Gacaca Courts Charged With

manera tradicional. Se trata de una práctica que ha generado grandes críticas⁴⁸⁰. Estos tribunales, que han ejercido su actividad durante 10 años (hasta el 18 de junio de 2012), han conocido de millones de casos⁴⁸¹.

Para comprender la naturaleza de estos tribunales es preciso referirse al contexto en el que se decidió acudir a ellos para aliviar la carga tanto del TPIR como de los tribunales domésticos ruandeses. Así, en los meses posteriores al genocidio ruandés, a lo largo de todo el país, unos 120.000 sospechosos de genocidio, mayoritariamente hutus, fueron encerrados en cárceles, cuya capacidad era de 45.000 personas. A ello es preciso añadir que el sistema judicial ruandés, ya debilitado antes de 1994, estaba completamente destruido. Las estructuras habían sido derruidas y los abogados y jueces que no habían sido asesinados, habían huido del país⁴⁸². Así, como respuesta a esta situación insostenible, el gobierno de Ruanda instauró los tribunales Gacaca en 2001 para juzgar a aquellos sospechosos de genocidio de bajo rango, la mayoría de los cuales llevaban ya una década en prisión en las condiciones descritas⁴⁸³. Si bien es cierto que el funcionamiento de este sistema local en Ruanda antes de la colonización de Bélgica (1919) está muy poco documentado, se sabe que no existía como institución judicial permanente sino que se basaba en leyes no escritas y funcionaba como una asamblea cuando surgía un conflicto entre las familias, especialmente en las zonas rurales⁴⁸⁴. En 1943, la administración belga reconoció el sistema gacaca como un mecanismo judicial legítimo que coexistía con los tribunales domésticos. Esta coexistencia no se positivizó, sin embargo, en una ley. Tras años de debates acerca de la idoneidad de los tribunales gacaca para “enjuiciar” parte del genocidio ruandés, en enero de 2001 se aprueba la Ley Gacaca⁴⁸⁵. En octubre de este mismo año, se organizan las primeras elecciones de jueces para estos “tribunales” en todas las “cellules⁴⁸⁶” de Ruanda. Se

Prosecuting and Trying the Perpetrators of the Crime of Genocide and Other Crimes Against Humanity, Committed Between October 1, 1990 and December 31, 1994 [Rwanda], de 27 de junio de 2006. Consultado el 17/10/2013.

⁴⁸⁰ Human Rights Watch, “Justice Compromised, The Legacy of Rwanda’s Community-Based Gacaca Courts”, Report, 31 de mayo de 2011.

⁴⁸¹ CLARK, P., “How Rwanda judged its genocide”, African Research Institute, abril 2012. Disponible en <http://www.africaportal.org/dspace/articles/how-rwanda-judged-its-genocide>.

⁴⁸² CLARK, P., “Hibridity, Holism and “traditional” justice: Gacaca Courts in Post- Genocide Rwanda”, *The George Washington International Law Review*, vol. 39, p. 777.

⁴⁸³ Así, tal y como subraya Phil Clark, los objetivos perseguidos por el gobierno del país africano al rescatar esta figura fueron dos: reducir la población encarcelada mediante la agilización de los procedimientos y enfrentarse a los problemas surgidos en la comunidad como consecuencia del genocidio con el objetivo de reconstruir la sociedad ruandesa. *Id.* p. 777.

⁴⁸⁴ REYNTJENS, “Le Gacaca ou la Justice du Gazon au Rwanda”, *Politique Africaine*, Dic. 1990, p. 32, citado en CLARK, P., “Hibridity, Holism and “traditional” justice...*op. cit.* p. 778. Véase esta última obra, p. 778-780 para un recorrido por la evolución de esta institución a lo largo del s. XX hasta su rescate para aplicación al genocidio ruandés.

⁴⁸⁵ Ley Orgánica de establecimiento de las Jurisdicciones Gacaca y Organizativa de los enjuiciamientos de crímenes de genocidio o crímenes de lesa humanidad cometidos entre el 1 de octubre de 1993 y el 31 de diciembre de 1994, n° 40/2000 de 30 de enero de 2000.

⁴⁸⁶ Unidad administrativa ruandesa que incluye los sectores, que a su vez comprenden los distritos, que componen las 5 provincias del país.

eligieron más de 250.000 jueces, que en abril de 2002 recibieron seis días intensivos de formación jurídica. En junio de 2002 se inauguró oficialmente la experiencia piloto de los tribunales gacaca en 73 “cellules”.

Los rasgos principales de los tribunales Gacaca son:

- División de los acusados en categorías en función de la participación en los delitos de genocidio y de la gravedad de los mismos. Así, estos tribunales tienen competencia para conocer de la comisión de los delitos de asesinatos y ataques graves (categoría 2) así como de los ataques contra la propiedad (categoría 3). Los organizadores, incitadores de los actos genocidas, así como los más sangrientos asesinos, los torturadores y violadores (categoría 1) serían juzgados por tribunales domésticos ruandeses o por el TPIR.
- No existe la doble instancia para los crímenes subsumibles en la categoría 2, que son enjuiciados directamente en el nivel “sector o distrito”, mientras que los crímenes de categoría 3 se procesan en primera instancia a nivel “cellule”.
- Ambos niveles de gacaca (cellule y secteur) están compuestos por una Asamblea General (en el que participan, en el ámbito “cellule”, todos los residentes mayores de 18 años), un banco de 9 jueces, que se abstienen de conocer del caso cuando éste involucra a un familiar o a un amigo y un comité de coordinación.
- La participación de los abogados está prohibida en tanto que se ve como una amenaza al enfoque no adversario y abierto de estos tribunales.
- La vigencia de una tabla predeterminada de sentencias en función de la confesión. Los acusados pueden ver reducida su sentencia hasta la mitad si confiesan sus crímenes⁴⁸⁷.
- Los jueces, tras escuchar a las partes y a la luz de las pruebas presentadas, toman una decisión por consenso, cuando sea posible o por mayoría cuando no, sobre la culpabilidad y condena del acusado, previa comunicación a la Asamblea. Las condenas pueden combinar prisión con servicios a la comunidad.

A la luz de lo descrito, y sobre todo teniendo en cuenta el contexto en el que resurgen los tribunales Gacaca, resulta difícil emitir un juicio acerca de la “validez” de este sistema como mecanismo garantizador de la justicia y de protección de los derechos humanos sin caer en cualquiera de las dos distorsiones de la realidad que nos tientan desde el imperialismo cultural de un lado, y desde el relativismo cultural, de otro. En efecto, resulta evidente que no se respetan ciertos estándares de derechos de seguridad jurídica, como el derecho a un abogado o el derecho a la doble instancia. Más allá de la cuestión de la desprofesionalización de los jueces, la implementación de las sentencias negociadas también genera ciertas dudas. Indudablemente, las posturas varían en función de si se adopta un enfoque estrictamente jurídico o un enfoque más amplio de la justicia transicional. Entre los que adoptan la primera postura, la valoración crítica de los resultados obtenidos mediante el sistema Gacaca se

⁴⁸⁷ Véase la tabla de condenas en CLARK, P., “Hibridity, Holism and “traditional” justice...*op. cit.* pp. 794.

centra en la violación de los derechos individuales que se institucionaliza mediante este sistema⁴⁸⁸ y en los riesgos que la impunidad de los responsables de la comisión de actos genocidas puede tener en la seguridad de Ruanda⁴⁸⁹. Otra parte de la doctrina examina el fenómeno Gacaca desde un enfoque híbrido y priorizando la efectividad del mismo para alcanzar el objetivo de la reconciliación⁴⁹⁰.

Lo cierto es que para responder a la pregunta de si es posible cumplir con la obligación de extraditar o juzgar mediante el sistema Gacaca es preciso repasar el objetivo del presente trabajo de investigación, que no es otro que el de averiguar la naturaleza jurídica de la referida cláusula alternativa con el objetivo de determinar si la misma puede erigirse por un lado, como una herramienta de homogeneización y universalización de los derechos de seguridad jurídica y por otro, como un mecanismo de lucha contra la impunidad.

Partiendo de estos presupuestos y a la luz de las deficiencias que en el ámbito de los derechos humanos⁴⁹¹ afectan a estos “tribunales”, sin dejar de reconocer su eficacia en ámbitos extrajudiciales como la reconciliación o el esclarecimiento de la verdad, para poder responder afirmativamente a la pregunta formulada, sería necesario reformar ciertos aspectos del funcionamiento de este sistema para adecuarlo a los estándares internacionales de derechos humanos, cuyo contenido mínimo, recogido en instrumentos como la Carta Africana de Derechos Humanos o el PIDCP, es identificable, tal y como se ha demostrado en el primer capítulo de esta obra.

⁴⁸⁸ HERRMANN, J., “A critical analysis of the transitional justice measures incorporated by rwandan gacaca and their effectiveness”, 19 *James Cook University Law Review*, 90, 2012, pp. 90-111. Esta autora también critica la impunidad que en algunos casos deriva del recurso al sistema Gacaca. ROTH, K y DES FORGES, A., “Justice or Therapy”, *Boston Review*, verano 2002.

⁴⁸⁹ COREY, A. y JOIREMAN, S., “Retributive Justice: The Gacaca Courts in Rwanda”, *African Affairs* vol. 103, 2000, p. 73.

⁴⁹⁰ CLARK, P., “Hibridity, Holism and “traditional” justice...*op. cit.* pp.803 y ss. p. 807: “(...) the dominant discourse on gacaca is severely flawed for two main reasons: first, it mistakenly views gacaca as an exclusively legal institution, analyzed solely through the legal institutions that underpin it; and second, it interprets formal, deterrent justice as the only objective of gacaca (...)”. ; NTAMPAKA, C., “Le Gacaca Rwandais: une Justice Répressive Participative,” *Dossiers de la Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2001, pp. 211-225.

⁴⁹¹ Otras críticas al sistema Gacaca destacan su carácter patriarcal, discriminatorio hacia la mujer y los jóvenes, así como su manipulación por parte del Estado. Véase, entre otros, WALDORF, L., “Mass justice for mass atrocity: rethinking local justice as transitional justice”, *Temple Law Review*, vol. 79, núm. 1, primavera 2006.

Reflexiones comunes a la primera parte

Más allá de las variaciones derivadas de los distintos criterios, estándares y leyes que sean de aplicación para decidir, en cada caso, sobre la apertura de un proceso por delitos ordinarios o graves, lo que es incuestionable es que el respeto de los derechos del sospechoso sólo puede asegurarse encauzando cualquier indicio de delito hacia un procedimiento penal ante órganos jurisdiccionales vinculados por el carácter universal e irrenunciable de los derechos humanos⁴⁹².

No cabe duda de que en este sentido, el primer desafío al que se enfrenta una posible obligación internacional de extraditar o juzgar es encontrar el equilibrio entre sus dos objetivos: el respeto a los derechos humanos y la lucha contra la impunidad, evitando que se sacrifique el primero en aras de la consecución del segundo.

Los primeros tres capítulos han perseguido un doble objetivo: analizar la implementación y protección real de estos derechos por parte de los órganos jurisdiccionales encargados de garantizar su efectividad, tanto a nivel internacional como a nivel nacional y evidenciar las posibles consecuencias del recurso a alternativas a la extradición oficial no reguladas y por ende, no respetuosas con los derechos humanos. Así, el fin último de esta primera parte no es otro que el de acercarnos a una de las dos razones que justifican este trabajo: la protección de los derechos de seguridad jurídica que se deriva del conocimiento, investigación y enjuiciamiento de un caso determinado por parte del Tribunal competente para ello. Por consiguiente, ha sido necesario abordar el estudio de los derechos de seguridad jurídica tanto en el marco del proceso judicial como en el marco del proceso de extradición⁴⁹³, así como los fenómenos que, tanto a través de la práctica de los Gobiernos como de los razonamientos jurisprudenciales en este ámbito, se han venido consolidando a lo largo del siglo XX, no siempre respetando los derechos humanos.

En relación a esta última idea, conviene referirse aquí a los cuatro puntos sobre los que se apoya la estrategia que se está llevando a cabo en la actualidad en Europa con la finalidad de erradicar el fenómeno de las entregas extraordinarias: libertad de información, persecución de estos actos a nivel jurídico-penal, fomento del recurso al principio de jurisdicción universal para la persecución de crímenes internacionales⁴⁹⁴ y estimular también el recurso a la

⁴⁹² En este sentido y reconociendo el *aut dedere aut judicare* como un instrumento fundamental para ello véase European Commission Working Document, The relationship between safeguarding internal security and complying with international protection obligations and instruments, Brussels, 5 de diciembre de 2001, COM(2001) 743, párr. 13.

⁴⁹³ En este sentido, ya desde los 90 la doctrina se refiere al establecimiento de un *standard minimum de legalidad* en materia de capturas, arrestos y detenciones como una de las funciones perseguidas por los tratados de protección de derechos humanos. VILLAGRÁN KRAMER, F., “¡Mala Captus, Bene Detentus! El secuestro y la extradición irregular...*op. cit.*”, p.32.

⁴⁹⁴ La potencial eficacia de esta idea, que a la luz de los acontecimientos (además de los casos abiertos ante la Audiencia Nacional contra la Administración norteamericana por torturas, el Fiscal Federal alemán recibió en 2004 y 2006 dos denuncias basadas en el principio de jurisdicción universal contra el ex secretario de defensa Donald Rumsfeld y el ex director de la

vía civil⁴⁹⁵. La erradicación de estas alarmantes alternativas ilícitas a la extradición oficial, que ponen en peligro la propia supervivencia del derecho internacional, requieren por un lado, del compromiso de los Estados, que puede ser expresado, por ejemplo, mediante la ratificación del Convenio de Harvard sobre extradición⁴⁹⁶ y por otro, de la identificación de instrumentos vinculantes en los que apoyarse para llevar a cabo esta lucha en el ámbito del derecho internacional.

Es en este contexto en el que puede entenderse la importancia de determinar la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar, como potencial herramienta para contribuir a la erradicación de estas alternativas a través de la institucionalización de un procedimiento oficial de extradición fundado en el reconocimiento de su propia obligatoriedad.

Debe subrayarse aquí, para desarrollo posterior, la siguiente idea: la relación entre la homogeneización del contenido de los derechos de seguridad jurídica en estos dos contextos y el efectivo reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar es incuestionable. El análisis del citado principio se limita, en el marco de este trabajo, a los crímenes de lesa humanidad.

Consecuentemente, la mencionada homogeneización del contenido de los derechos de seguridad jurídica tanto a nivel regional como a nivel de Estados se convierte, hasta que no exista un Tribunal Internacional de Derechos Humanos cuyas decisiones sean vinculantes, no sólo en uno de los cimientos sobre los que debe sustentarse la obligación de extraditar o juzgar, sino en su justificación⁴⁹⁷.

CIA, George Tenet y otros por crímenes de guerra contra los detenidos de Guantánamo, Irak y Afganistán. En Malasia, tanto el Ex Presidente Bush, como el Ex Vicepresidente Cheney y el ex Secretario de Defensa Rumsfeld han sido condenados in absentia por torturas) no debe ser menospreciada, se estudiará detenidamente y en comparación con la obligación de extraditar o juzgar en el Capítulo VI, como instrumentos de lucha contra la impunidad en el ámbito del crimen de lesa humanidad.

⁴⁹⁵ KALECK, W., “Justice and accountability in Europe...*op. cit.*”

⁴⁹⁶ Article 16. *Aprehension in violation of International Law*

“In exercising jurisdiction under this Convention, no State shall prosecute or punish any person who has been brought within its territory or a place subject to its authority by recourse to measures in violation of international law or international convention without first obtaining the consent of the State or States whose rights have been violated by such measures”.

⁴⁹⁷ Stephan Trechsel defiende lo que él ha denominado el “modelo piramidal” como una estrategia a largo plazo dirigida a establecer el Tribunal Internacional de los Derechos Humanos, idea que, como se ha visto en esta primera parte, cuenta con importantes detractores entre la doctrina, véase nota al pie 183. En este sentido, considera que como primer paso es necesario garantizar la expansión de los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos: “In particular, the African, American and European models ought to be followed in Asia and the Pacific region, including Australia. (...) The role of the World Court of Human Rights would be to ensure a uniform interpretation of the world human rights law”. TRECHSEL, S., “A World Court for Human Rights”, *Northwestern University Journal of International Human Rights*, Vol.1, 2003, p. vi. Independientemente de la dirección que siga la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, el enfoque práctico que guía esta investigación requiere reconocer la naturaleza subsidiaria de la que ahora mismo gozan los órganos internacionales con respecto a los tribunales nacionales en el ámbito de la protección de estos derechos. Esta realidad evidencia la importancia de conseguir la referida homogeneidad en el plano nacional, tanto a nivel de contenido y alcance de los derechos como a nivel de protección efectiva. Véase CAROZZA, P., “Subsidiarity as a structural Principle of International Human Rights Law”, *The American Journal of International Law*, volume 97, 2003, pp.38-79. Sobre el papel que la interacción entre las esferas de derecho interno y derecho internacional están

Por un lado, en este primer apartado se han analizado numerosos instrumentos de protección de derechos humanos, tanto de carácter regional como internacional. Parecería lógico pensar que la proliferación de sistemas regionales e internacionales que cuentan a su vez con sus propios tribunales tendría como consecuencia el surgimiento de variaciones en la interpretación del contenido de los derechos y por ende, en diferencias en el nivel de garantía de los mismos.

Los temores que en este sentido surgieron en la doctrina en un primer momento⁴⁹⁸ se han disipado a la luz de la evolución de la jurisprudencia de estos órganos. Mediante la citación y reconocimiento mutuo, los distintos órganos de protección, internacionales y regionales, comienzan a insinuar la existencia de un acuerdo tácito acerca del contenido de los derechos de seguridad jurídica⁴⁹⁹, lo cual resulta clave de cara a consolidar la naturaleza consuetudinaria de dicho contenido, definiendo así su alcance y sus límites⁵⁰⁰.

Por todo lo anterior, debe corroborarse aquí, como punto de partida, la importancia de enfocar la homogeneización de cualquier procedimiento judicial o de extradición desde el respeto a los derechos humanos, idea defendida largamente por Zappala y que constituye la viga central sobre la que debe descansar la obligación de extraditar o juzgar.

Sin embargo, la utilidad del *aut dedere aut judicare*, no se limita a su capacidad homogeneizadora de los derechos de seguridad jurídica en el marco del proceso de extradición y del enjuiciamiento. Potencialmente, esta cláusula es sobre todo, una potentísima herramienta a disposición de los tribunales domésticos que les abriría la puerta al protagonismo que siempre han debido tener en el ámbito de la represión de las más graves violaciones de derechos humanos. El examen de la naturaleza jurídica de este principio resulta así tan importante porque podríamos estar ante la herramienta procesal que posibilite por fin la correcta aplicación del principio de complementariedad que inspira la jurisdicción de la CPI. Al despejar la duda de la naturaleza jurídica del *aut*

jugando en el proceso de hibridación de los principios que rigen la persecución de los crímenes internacionales, véase DELMAS-MARTY, M., "The contribution of Comparative Law to Pluralist Conception of International Criminal Law", *Journal of International Criminal Justice*, 1, 2003, pp. 13-25.

⁴⁹⁸ En el plano nacional: CARRILLO SALCEDO, J., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo*. Tecnos, Madrid, 1995, pp.57; VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Instituto Internacional de Derechos Humanos, Estrasburgo, 1994. A nivel internacional: KINGSBURY, B., *Is the proliferation of international courts and tribunals a problem?* *New York University Journal of International Law and Politics* (1999), p.679; KOSKENNIEMI, M. y LEINO P., *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp.553-579.

⁴⁹⁹ GUILLAUME G., *The Future of International Judicial Institutions*, 44 *International and Comparative Law Quarterly*, 1995, pp. 848; CHARNEY, J.I., *The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals*, 31 *Journal of International Law and Policy*, 1999, pp.699.

⁵⁰⁰ SHELTON, D., *The Promise of Regional Human Rights Systems*, in B. Weston and S. Marks (eds.), *The Future of International Human Rights* (Ardsley, Transnational Publishers 1999), pp.356.

dedere aut judicare, aunque sólo sea en relación a los crímenes de lesa humanidad, averiguaremos también en qué medida siguen existiendo lagunas de impunidad en el marco jurídico internacional, que posibiliten que los responsables de los más graves crímenes internacionales continúen beneficiándose de las fisuras de un sistema imperfecto para no responder por los delitos cometidos, con las consecuencias que ello tiene sobre las sociedades que se han visto devastadas por sus actos.

SEGUNDA PARTE

NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR CON RESPECTO AL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD Y SU EFECTO SOBRE EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

V. EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD Y LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR. EVOLUCIÓN Y CONTENIDO DE LA CLÁUSULA

5.1. El principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional y el papel de los tribunales nacionales en la investigación y enjuiciamiento del crimen de lesa humanidad.

La segunda parte de esta investigación tiene por objeto, tal y como se ha detallado en la introducción, examinar la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar con respecto al crimen de lesa humanidad. Sin ánimo de repetir los motivos que justifican la elección de este marco sustantivo, se recordarán brevemente aquí, las razones que subyacen al diseño estructural de esta obra. Por un lado, es necesario referirse a la relación entre la cláusula alternativa y la jurisdicción complementaria de la Corte Penal Internacional (CPI). Partiendo de la inclusión del crimen de lesa humanidad entre los crímenes de competencia de la CPI, la identificación de la naturaleza jurídica de este principio podría contribuir significativamente a colmar las lagunas que afectan al efectivo ejercicio de la jurisdicción de los tribunales domésticos.

El 25 de febrero de 2013, Navi Pillay, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, abrió la vigesimosegunda sesión del Consejo de Derechos Humanos con un llamamiento al fortalecimiento del sistema de justicia internacional:

“(…) Una vez más, sin perjuicio de los inspiradores avances en la lucha contra la impunidad y la garantía de la responsabilidad, que se han venido desarrollando tanto a nivel internacional, como a nivel nacional, incluyendo los procesos de justicia transicional, todavía hay demasiadas personas con responsabilidad de mando que, tras haber cometido violaciones graves y flagrantes de los derechos humanos, escapan a la justicia. Cientos de miles de personas han muerto en los genocidios de Ruanda y Bosnia Herzegovina; los territorios Palestinos siguen ocupados; se han cometido violaciones masivas de derechos en Iraq y Sri Lanka; y los crímenes de guerra continúan perpetrándose en numerosos conflictos internos que se perpetúan en Afganistán, la República Democrática del Congo, Mali, Sudán y Siria. Tenemos que seguir alimentando y fortaleciendo el sistema creado para lidiar con estos crímenes y violaciones, y con las personas que los cometen. También es fundamental que desde el seno de la comunidad internacional, hagamos todo lo posible por evitar que estas situaciones se desarrollen y se deterioren (...)”⁵⁰¹.

A través de la referencia a situaciones actuales, Pillay evidencia también dos de las limitaciones a las que se enfrenta la jurisdicción de la CPI: el rol del

⁵⁰¹ Discurso de apertura de Navi Pillay, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en la vigesimosegunda sesión del Consejo de Derechos Humanos, 25 de febrero 2013. Disponible en <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13031&LangID=es> consultado el 5/03/2013. Traducción de la autora.

Consejo de Seguridad como socavador de su independencia y la naturaleza convencional del Estatuto de Roma:

“(…) No obstante, también aquí, tenemos un largo camino por recorrer. La CPI solo puede involucrarse si el Estado afectado está entre los 122 Estados Parte del Estatuto de Roma, o si la situación le viene referida por parte del Consejo de Seguridad. El Consejo de Seguridad ha referido hasta ahora dos importantes situaciones, Darfur en 2008 y Libia en 2011, pero hasta ahora, ha fracasado con respecto a Siria, a pesar de los numerosos informes de violaciones y crímenes generalizados y sistemáticos publicados por mi Oficina, la Comisión Internacional de Investigación en Siria, las organizaciones de sociedad civil y los Procedimientos Especiales (...)”⁵⁰².

A estas alturas, la incapacidad material de la CPI para investigar y conocer de todos los crímenes de lesa humanidad⁵⁰³ que tienen lugar en el mundo ha sido de sobra constatada. Al fantasma de la politización de sus decisiones⁵⁰⁴, constantemente invocado por las prerrogativas del Consejo de Seguridad, se le deben sumar las limitaciones materiales y las dificultades probatorias a las que se enfrenta un Tribunal que generalmente se encuentra a miles de kilómetros del lugar en el que han acaecido los hechos que debe investigar con unos recursos humanos y logísticos fijos⁵⁰⁵.

⁵⁰² *Id.*

⁵⁰³ El presente trabajo de investigación se limita al análisis de la obligación procesal (*aut dedere aut judicare*) en relación al crimen de lesa humanidad. Sin perjuicio de la importancia de llevar a cabo este análisis en relación a otros crímenes internacionales (genocidio, torturas o crímenes de guerra), por limitaciones de espacio y tiempo se ha elegido el crimen de lesa humanidad como marco sustantivo definitorio de este estudio. Para un desglose más exhaustivo de los motivos detrás de esta decisión, véase la Introducción.

⁵⁰⁴ La última acusación de politización que ha recibido la CPI trae causa de la denuncia presentada conjuntamente por el Centre for Constitutional Rights y la asociación de víctimas “Survivors Network of those Abused by Priests” contra varios cargos del Vaticano por el escándalo del generalizado abuso de menores en el seno de la Iglesia Católica. El Fiscal ha inadmitido el caso por considerar que estaba fuera de su jurisdicción al no cumplir con los requisitos de “jurisdicción temporal” y “jurisdicción material” exigidos. La denuncia presentada ante la CPI en septiembre de 2011, puede ser consultada aquí.

⁵⁰⁵ Lo cual es un problema al que también han de enfrentarse, con menos medios económicos, los tribunales nacionales que, en aplicación del *aut dedere aut judicare*, afirmen su jurisdicción sobre un crimen perpetrado en el territorio de otro Estado. Otra crítica que reciben los tribunales nacionales que abordan esta empresa, es la de la subjetividad. ZICCARDI CAPALDO, G., “Verticalità della Comunità Internazionale e Nazioni Unite. Un Riesame del Caso Lockerbie” en *Interventi Delle Nazioni Unite e Diritto Internazionale*, Paolo Picone ed., 1995, pp. 79-81. Véase también más recientemente, la denegación del traslado de un caso por parte de la CPI a los tribunales de Kenia. CPI, Fiscal c. Samoeiruto, Kiprono Kosgey y Arap Sang, Sala de Cuestiones Preliminares, caso núm. ICC-01/09-01/11, Auto resolviendo el recurso del Gobierno de Kenia cuestionando la admisibilidad del caso de acuerdo con el artículo 19.2.b. del Estatuto de 30 de mayo de 2011. También, sobre estas mismas cuestiones, ORIOLO, A., “Revisiting the interactions between the ICC and national jurisdictions as a new gateway to strengthening the effectiveness of international criminal justice”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 83, 1er y 2do trimestres de 2012, pp. 195-220, p. 197. Sobre el efecto limitador del ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales domésticos en estos casos como consecuencia del temor a la sobrecarga por parte de sus tribunales, véase el asunto Al-Adsani, en el que la Corte de Apelación inglesa esgrimió este argumento. TEDH, Asunto Al-Adsani c. Reino Unido, sentencia de 21 de noviembre 2001, solicitud núm. 35763/97, párr. 18.

La idea de una Corte Penal Internacional, aunque latente en el seno de la comunidad internacional desde el final de la Segunda Guerra Mundial no comienza a materializarse hasta 1993, momento en el que la Comisión de Derecho Internacional (CDI), a petición de la Asamblea General de Naciones Unidas elabora un primer informe sobre el Proyecto de Estatuto para un Tribunal Penal Internacional⁵⁰⁶. A este primer informe le sigue, en 1994, un segundo informe que incluye ya un primer borrador de Estatuto para un, aún hipotético, Tribunal⁵⁰⁷. A continuación, la Asamblea General crea un Comité *ad hoc* que analizaría las cuestiones surgidas a raíz de la propuesta de Estatuto realizada por la CDI⁵⁰⁸. Más tarde se instaura un Comité preparatorio del establecimiento de una CPI, al que se le encomienda la preparación de un borrador consolidado y consensuado del Estatuto para someterlo a evaluación en una conferencia diplomática⁵⁰⁹. En su sesión 52^o, la Asamblea General convoca la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas sobre el Establecimiento de un Tribunal Penal Internacional⁵¹⁰. Esta Conferencia culmina con la adopción del Estatuto de Roma en virtud del cual se crea la Corte Penal Internacional⁵¹¹.

⁵⁰⁶ Comisión de Derecho Internacional, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional, 45^o período de sesiones, 2 de mayo a 23 de julio de 1993, Doc. NU. A/CN.4/L.488 Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G93/615/52/PDF/G9361552.pdf?OpenElement>. Consultado el 5/03/2013.

⁵⁰⁷ Comisión de Derecho Internacional, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional, 46^o período de sesiones, 2 de mayo a 23 de julio de 1994, Doc. NU. A/CN.4/L.491/Rev. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G94/631/63/PDF/G9463163.pdf?OpenElement>. Consultado el 5/03/2013.

⁵⁰⁸ Informe del Comité *ad hoc* sobre el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional, 1995, Doc. NU. A/50/22. Disponible en <http://www.undemocracy.com/A-50-22.pdf>. Consultado el 26/04/2013.

⁵⁰⁹ Este Comité analizó, en su primera sesión entre marzo y abril de 1996, la relación de complementariedad entre la CPI y las jurisdicciones nacionales en general. Aunque la mayoría de las delegaciones coincidían en defender la complementariedad como el principio que regiera las relaciones jurisdiccionales entre la CPI y los tribunales nacionales, la divergencia de opiniones existente sobre el contenido y alcance de este principio quedó de manifiesto a través de los comentarios generales de las distintas delegaciones. Ver el Resumen de los Procedimientos del Comité Preparatorio durante el período 25 marzo-12 de abril 1996, Doc. NU. A/AC.249/1 de 7 de mayo de 1996, Relator Jun Yoshida (Japón). Disponible en <http://www.iccnw.org/documents/ProceedingSummary.pdf>. Consultado el 7/03/2013.

⁵¹⁰ Celebrada en Roma, del 15 al 17 de julio de 1998.

⁵¹¹ La Corte, no obstante, estuvo bloqueada hasta el 2002 cuando se consiguieron las 60 ratificaciones del Estatuto de Roma, necesarias para que ésta entrara en vigor. El depósito simultáneo de las ratificaciones por parte de diez Estados permitió que la Corte comenzara a funcionar, hito que se celebró con una ceremonia especial auspiciada por Naciones Unidas. Los Estados fueron: Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Camboya, Eslovaquia, Irlanda, Jordania, Mongolia, Níger, República Democrática del Congo y Rumania.

Desde el principio, la CPI se pensó como un órgano jurisdiccional cuya competencia estaría subordinada al principio de complementariedad⁵¹². El artículo 18 del Estatuto, que regula las decisiones previas relativas a la admisibilidad, se refiere expresamente al carácter preferente de la jurisdicción de los Estados al reconocer el deber de inhibición a favor de un Estado que, teniendo competencia sobre el crimen en cuestión, hubiese ya iniciado su investigación:

“2. Dentro del mes siguiente a la recepción de dicha notificación, el Estado podrá informar a la Corte que está llevando o ha llevado a cabo una investigación en relación con sus nacionales u otras personas bajo su jurisdicción respecto de actos criminales que puedan constituir crímenes contemplados en el artículo 5 y a los que se refiera la información proporcionada en la notificación a los Estados. A petición de dicho Estado, el Fiscal se inhibirá de su competencia en favor del Estado en relación con la investigación sobre las personas antes mencionadas, a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares decida, a petición del Fiscal autorizar la investigación”.

El significado de la complementariedad que define la relación entre la CPI y las jurisdicciones nacionales ha sido objeto de atención académica⁵¹³. La mayor parte de la doctrina coincide en ver en la jurisdicción de la CPI una suerte de solución *ultima ratio* a las lagunas de impunidad creadas por las deficiencias de las jurisdicciones nacionales⁵¹⁴. En este sentido, conviene traer a colación aquí

⁵¹² De hecho, la primera referencia expresa al concepto de complementariedad puede hallarse en el preámbulo del borrador de Estatuto de 1994, Comisión de Derecho Internacional, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional...*op. cit.*, párr. 3: “Insistiendo también en que esa Corte tendrá por finalidad complementar los sistemas judiciales nacionales en materia penal en aquellos casos en que esos sistemas no existan o no sean eficaces tales procedimientos de enjuiciamiento”. El principio de complementariedad se vio plasmado en el instrumento regulador de la CPI, cuyo preámbulo y artículo 1 afirman que la Corte “tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”. El último ejemplo de aplicación del mismo ha tenido lugar el pasado 11 de octubre, mediante un auto de la CPI en el que confirmaba la inadmisibilidad del caso contra Abdullah Al-Senussi, ex jefe de inteligencia del Gobierno libio durante el período Gadafi y acusado, junto con Saif Al-Islam Gadafi, de crímenes de lesa humanidad. En aplicación del artículo 17 del Estatuto de Roma, la inadmisión del caso se ha basado en la constatación de la existencia de un procedimiento abierto contra el acusado ante los tribunales libios, que, según la Corte, tienen la capacidad y la disposición para llevar a cabo el enjuiciamiento. CPI, Fiscal c. Saif Al-Islam y Abdullah Al-Senussi, Sala de Cuestiones Preliminares, caso núm. ICC-01/11-01/11, Auto sobre la admisibilidad del asunto contra Abdullah Al-Senussi de 11 de octubre de 2013.

⁵¹³ Para ahondar en la base y fundamento de la complementariedad véase CHETAIL, V., “Tous les chemins ne mènent pas à Rome: Le Contentieux International Pénal à l’épreuve du Principe de Complementarité” en *Forum shopping et concurrence des procédures contentieuses internationales*, Yan Kerbrat, ed. Bruylant, Bruselas, 2011, pp. 127-181.

⁵¹⁴ KLEFFNER, J., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 100: “In the light of the general meaning of the term employed, the ICC is thus envisaged to supply the deficiencies of national criminal jurisdictions, and together they form a unit in the enforcement of the prohibition of ICC crimes”. El profesor Cassese va un paso más allá al interpretar el principio de complementariedad regulado en el Estatuto de Roma como una suerte de confirmación de que son los Estados los que tienen la función represiva de la conducta criminal, considerando el ejercicio de la jurisdicción de la CPI como una sanción al Estado por no haberla ejercitado. CASSESE, A. y CONDORELLI, L., “Is Leviathan still holding sway over international dealings?”

algunas de las reflexiones en torno a esta figura realizadas por el profesor Olásolo, uno de los académicos iusinternacionalistas que con más rigor ha profundizado en el principio de complementariedad que dirige la actividad de la CPI. Así, en un artículo publicado un año después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, Olásolo destaca, entre las funciones de este principio rector, la de promover la activación de las jurisdicciones nacionales, para que, en el ejercicio de su competencia, investiguen y enjuicien las más graves violaciones de derechos humanos:

“(…) el principio de complementariedad, en cuanto principio rector de las relaciones entre la CPI y las jurisdicciones nacionales, refleja la intención de los Estados Partes de que la CPI se configure como una especie de *corte interestatal de vigilancia y control* cuya principal misión es la de incentivar a las jurisdicciones nacionales para que procedan por sí mismas al enjuiciamiento de los delitos más graves para la Comunidad Internacional en su conjunto. Por esta razón, la CPI no sustituye, sino que suplementa a las jurisdicciones nacionales⁵¹⁵”.

Atención especial merece la valoración que, a la luz de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, hace el autor de la obligación de extraditar o juzgar, la cual no considera afectada por la incorporación del principio de complementariedad como rector de la actividad de la CPI:

“(…) la CPI no sustituye a ninguno de los mecanismos existentes tanto a nivel nacional como a nivel internacional para la investigación y enjuiciamiento de los “crímenes más graves para la Comunidad Internacional en su conjunto”. Por lo tanto, la entrada en vigor del ER no ha afectado al contenido de las obligaciones *aut dedere aut judicare* de los Estados Partes conforme a las Convenciones de Ginebra de 1949, su Protocolo Adicional Primero, y la Convención contra la Tortura⁵¹⁶”.

en *Realizing Utopia, The future of International Law*, Ed. CASSESE, A., Oxford University Press, 2012, p. 20.

⁵¹⁵ OLÁSULO, H., “Reflexiones sobre el principio de complementariedad en el Estatuto de Roma”, *Revista española de derecho militar*, núm. 82, 2003, p. 48, cursiva original. Véase también GÓMEZ-BENÍTEZ, J.M., “Complementariedad de la Corte Penal Internacional y jurisdicción universal de los tribunales nacionales”, *Derecho Penal y Criminología: Revista de Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Vol. 27, núm. 82, 2006, p. 38: “Ningún Estado, sea parte o no en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que esté dispuesto a ejercer su jurisdicción para la persecución de los crímenes internacionales que son objeto de la Corte Penal Internacional, puede temer la injerencia de esta Corte”.

⁵¹⁶ OLÁSULO, H., “Reflexiones sobre el principio de complementariedad del Estatuto...op cit., p. 60. El autor también defiende la compatibilidad del principio de complementariedad con el enjuiciamiento de los más graves crímenes internacionales en aplicación del principio de jurisdicción universal. P. 61: “Por el contrario, el ER refuerza la legitimidad del principio de justicia universal en cuanto que crea un órgano jurisdiccional interestatal con carácter permanente al que se le asigna la función de asegurar que las investigaciones desarrolladas sobre la base de dicho principio son adecuadamente llevadas a cabo por las jurisdicciones nacionales”. Es más, siguiendo esta misma línea, algunos autores han reconocido que el principio de complementariedad implica que los Estados Parte en el Estatuto de Roma quedan vinculados, por la obligación de juzgar o extraditar a la CPI en relación a los crímenes

Por consiguiente, a la luz de los motivos que dan lugar a la activación de su jurisdicción recogidos en el Estatuto de Roma en los artículos 17.1 y 20.3 respectivamente⁵¹⁷, el principio que rige la competencia de la CPI ha llegado a ser calificado como de “subsidiariedad crítica⁵¹⁸”.

No obstante, a pesar del carácter subsidiario que caracteriza a su jurisdicción, hay un poder que le viene reconocido a este órgano por el Estatuto de Roma, que “atribuye de facto a la CPI primacía sobre las jurisdicciones nacionales⁵¹⁹”. Se trata del poder de la Corte para decidir sobre la idoneidad de la actuación de las jurisdicciones nacionales, pudiendo activar su jurisdicción en el caso de considerar que estas no están realizando adecuadamente su trabajo de investigar y enjuiciar los delitos internacionales de su competencia: genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra⁵²⁰.

De todo lo anterior, se infiere que los dos ejes sobre los que gira la relación entre la CPI y las jurisdicciones nacionales (la jurisdicción preferente de los tribunales nacionales y por ende, la complementariedad de la Corte y el poder de evaluación de la idoneidad de la actuación de las jurisdicciones nacionales) están dirigidos, en última instancia, a evitar la formación de lagunas jurídicas que premien con la impunidad a los autores de las más graves violaciones del derecho internacional. En este sentido, mediante el análisis de la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar, tal y como se verá seguidamente, se ha pretendido en esta investigación, contribuir a la consecución de este objetivo.

Con todo, de cara a la construcción de las razones que justifican el presente trabajo conviene, referirse brevemente a los tres motivos principales por los que

internacionales de su competencia. Véase SCHARF, M., “*Aut dedere aut judicare*” en la Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2011, párr. 5.

⁵¹⁷ Básicamente consistentes en falta de voluntad o capacidad para actuar que, entre otras cosas, puede reflejarse a través de la celebración de un proceso a nivel estatal con el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, no instruido de forma independiente e imparcial o de alguna manera que fuera incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia. Recientemente, la jurisprudencia de la CPI ha añadido un tercer motivo activador de la competencia de la CPI: la inacción. Véase el asunto Katanga. CPI, Fiscal c. Katanga y Ngudjolo, Sala de Apelación, caso núm. ICC-01/04-01/07-1497, sentencia que resuelve el recurso de D. Germain Katanga contra la decisión oral del Tribunal II de 12 de junio de 2009 sobre la admisibilidad del caso de 25 de septiembre de 2009, párr. 78.

⁵¹⁸ REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional...op. cit.*, p. 1245.

⁵¹⁹ OLÁSULO, H., “Reflexiones sobre el principio de complementariedad en el Estatuto...op. cit.”, p. 61.

⁵²⁰ Esta cuestión será objeto de estudio más adelante, en tanto que condiciona la configuración de la obligación de extraditar o juzgar dotando de contenido y definiendo el alcance de “la triple alternativa”, ya esbozada por la CDI en el primer Informe sobre la obligación de extraditar o juzgar. Para una justificación de la no inclusión del crimen de agresión entre los crímenes de competencia de la CPI, a pesar de los recientes avances concretados en Kampala en torno a su definición, véase la Introducción.

la actuación de los tribunales nacionales es preferible a la de la CPI, ya adelantados al inicio de este capítulo⁵²¹.

5.1.1. Razones por las que la actuación de los tribunales nacionales es preferible a la de la Corte Penal Internacional

En la Conferencia de Plenipotenciarios convocada para aprobar el Estatuto de Roma que daría vida al primer tribunal penal internacional de carácter permanente, uno de los argumentos utilizados por las delegaciones que abogaron por el carácter excepcional de la jurisdicción de la CPI fue la limitación en los recursos económicos y policiales que afectaban a este tribunal⁵²². Diez años de funcionamiento han servido para confirmar la imposibilidad de que la Corte logre en solitario el objetivo de erradicación de la impunidad, lo cual había sido ya intuido y plasmado en el Estatuto de Roma a través del reconocimiento del principio de complementariedad como rector de las relaciones entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción de la Corte.

Por su parte, y en apoyo a esta idea, la doctrina iusinternacionalista viene ocupándose desde hace unos años de calcular la capacidad real de este tribunal en base a los recursos a su disposición⁵²³. Sin entrar en el ámbito de la ejecución de las órdenes de arresto y sentencias, para lo cual, a falta de un cuerpo policial propio con capacidad de actuación universal, la CPI depende totalmente de la cooperación de los Estados⁵²⁴, la doctrina ha hecho importantes observaciones en relación a la capacidad de actuación y la eficiencia de este órgano

⁵²¹ Estos tres motivos se abordan desde un punto de vista de la fundamentación, en tanto que desde un enfoque normativista, basta con aludir al principio de complementariedad regulado en el Estatuto de Roma para justificar la jurisdicción preferente de los tribunales nacionales.

⁵²² Resumen de los Procedimientos del Comité Preparatorio durante el período 25 marzo...*op cit.*, párr. 111: “It was also observed that the limited resources of the Court should not be exhausted by taking up prosecution of cases which could easily and effectively be dealt with by national courts. In addition, taking into account that under international law, exercise of police power and penal law is a prerogative of States, the jurisdiction of the court should be viewed only as an exception to such State prerogative”.

⁵²³ BURKE-WHITE, W.W., “Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice”, *HARV. INT’L L.J.*, vol. 49, 2008, p. 49, refiriéndose al presupuesto aprobado para la CPI en el año 2005, que se ha visto incrementado progresivamente hasta alcanzar la actual cifra de 111 millones de euros anuales en 2012, disponible en http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP10/Resolutions/ICC-ASP-10-Res.4-ENG.pdf, y 118 millones de euros anuales en 2013, disponible en http://icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP11/ICC-ASP-11-10-ENG.pdf: “No institution with a 66.8 million (euros) anual Budget can possibly provide global accountability”.

⁵²⁴ Este problema ha sido reiteradamente denunciado por el Profesor y ex Presidente del TPIY y del Tribunal Especial para el Líbano, Antonio Cassese, uno de los padres del derecho penal internacional, recientemente fallecido (octubre 2011), CASSESE, A., *International Criminal Law...op cit.*, p. 442: “The crucial problem international courts face is the lack of enforcement agencies directly available to those courts, for the purpose of collecting evidence, searching premises, seizing documents, or executing arrest warrants and other judicial orders. It follows that, as I have already emphasized many times, international courts must rely heavily on the co-operation of States”.

jurisdiccional. En este sentido, Burke-White, basándose en la experiencia del TPIY, ha hecho una estimación del número de procesos que podrían concluirse anualmente en el seno de la CPI y ha estimado que el número de juicios potenciales oscila entre 2 ó 3⁵²⁵. A día de hoy, noviembre de 2013, el único procedimiento concluido en el seno de la CPI es el proceso contra Thomas Lubanga ⁵²⁶. Desgraciadamente, las limitaciones de este Tribunal resultan evidentes al comparar esta previsión con el número de crímenes internacionales que se han perpetrado y se siguen perpetrando en la actualidad a lo largo de todo el planeta. Burke también aborda los efectos negativos que la localización del tribunal en la Haya, un territorio completamente ajeno al lugar en el que han acaecido los hechos, tiene sobre la eficiencia de la labor jurisdiccional de la CPI, abogando por un mayor protagonismo de los tribunales domésticos en este ámbito:

“Normalmente los tribunales nacionales son las entidades más efectivas en términos de coste a la hora de llevar a cabo enjuiciamientos, en tanto que el empleo de personal local posibilita que sus costes estructurales sean más bajos que aquellos de los tribunales internacionales. Además, pueden operar exclusivamente en el idioma local sin necesidad de traducir todos los materiales a las lenguas oficiales de las NU. Por último, los procesos nacionales suelen estar mejor posicionados de cara al respeto de los intereses de las comunidades

⁵²⁵ BURKE-WHITE, W.W., “Proactive Complementarity...*op cit.*, p. 54: “The global community expects the ICC to provide worldwide accountability, yet the Court’s own internal predictions and the current level of funding from the Assembly of States Parties (‘ASP’ or Assembly) anticipate a maximum of two to three trials per year”. Este autor, tras detectar los desajustes existentes entre la gran expectación suscitada por la CPI y sus limitaciones materiales y jurídicas propone una redefinición del principio de complementariedad en base al cual la CPI asumiría un papel más activo en la promoción del ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales nacionales. Bautiza esta reinterpretación del principio como “proactive complementarity”: “This solution, predicated upon the ICC’s ability to motivate and assist national judiciaries, could be termed ‘proactive complementarity’. Under such a policy, the ICC would cooperate with national governments and use political leverage to encourage states to undertake their own prosecutions of international crimes”. Burke sostiene que la adopción de una política de complementariedad proactiva maximizaría la influencia de la CPI en la erradicación de la impunidad, presentando en la IV parte de su artículo estrategias específicas para la implementación de esta complementariedad proactiva en el ámbito de las circunstancias a las que potencialmente se puede enfrentar la CPI. Esta propuesta podría convertirse en una herramienta clave de cara al cumplimiento de la obligación de extraditar o juzgar, una vez definida su naturaleza jurídica. P. 57: “As a strategy for encouraging national governments to undertake their own prosecutions of international crimes, proactive complementarity would allow the Court to catalyze national judiciaries to fulfill their obligations to prosecute international crimes”. Es más, ambos “principios” (*aut dedere aut judicare* y el principio de complementariedad proactiva) están, según este autor, profundamente interrelacionados, lo cual justifica el hecho de que se refiera al primero como marco legal en el que enmarcar la construcción del segundo (p. 79).

⁵²⁶ Condenado a 14 años de prisión por el crimen de guerra consistente en el reclutamiento de niños soldados para que participaran en las hostilidades que tuvieron lugar entre 2002-2003 en el marco de un conflicto inter-étnico un área rica en recursos de oro. Lubanga dirigía el ala militar del movimiento rebelde fundado por él (Force patriotique pour la libération du Congo). CPI, Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Sala de Primera Instancia, caso núm. ICC-01/04-01/06, sentencia de 14 de marzo de 2012. En efecto, los diez años y casi 1000 millones de dólares que ha “costado” el primer veredicto de la CPI ha sido objeto de críticas en la prensa. Véase, entre otros, SILVERMAN, J., “Ten years \$900m, one verdict: Does the ICC cost too much? BBC News. Disponible en <http://www.bbc.co.uk/news/magazine-17351946>. Consultado el 30/10/2013.

afectadas, y potencialmente su contribución a los esfuerzos de la justicia reparadora es mucho mayor⁵²⁷”.

Son numerosos los autores que, siguiendo esta línea de pensamiento, han defendido la conveniencia de promover el papel de las jurisdicciones nacionales en la aplicación del derecho internacional, viendo ahora aplicadas sus teorías por parte de los tribunales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y Ruanda en el marco de la “estrategia de conclusión⁵²⁸”. Curiosamente, para la remisión de

⁵²⁷ BURKE-WHITE, W.W., “Proactive Complementarity...*op cit.*”, pp. 68-69. Traducción de la autora.

⁵²⁸ Entre los autores que han sostenido esta posición véase CASSESE, A., *International Criminal Law...op cit.*, p. 452: “The fascination of jurists with international criminal tribunals has often eclipsed the fundamental role of national jurisdictions in eradicating impunity for crimes against humanity”; LIJUN YANG, “On the Principle of Complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, *Chinese J. Int’l L.*, vol. 4, 2005, p. 121, p. 125; LAPLANTE, L.J., “The domestication of international criminal law: a proposal for expanding the international criminal courts sphere of influence”, *J. Marshall L. Rev.*, vol. 43, 2009-2010, p. 635; KLEFFNER, J.K., “The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law”, *J. Int’l Crim. Just.*, vol. 1, 2003, p. 86, p. 93; y AKHAVAN, P., “The universal Repression of Crimes Against Humanity before National Jurisdictions. The need for a Treaty-Based Obligation to Prosecute” en *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Ed. SADAT, L.N., Cambridge University Press, 2011, p. 28. En términos más amplios y no limitado al derecho penal internacional, véase NOLLKAEMPER, A., *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 8-9 y SLAUGHTER, A.M. y BURKE-WHITE, W., “The Future of International Law is domestic” en NIJMAN, J., y NOLLKAEMPER, A. (eds.), *New Perspectives on the Divide between International and National Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 110-112-13. La “estrategia de conclusión” del TPIY y del TPIR se aprobó por resolución del Consejo de Seguridad 1503 (2003) y fue confirmada al año por la resolución del Consejo de Seguridad 1534 (2004). De conformidad a la misma, el mandato de los tribunales internacionales *ad hoc* tendría una fecha límite (que inicialmente era Diciembre de 2010 pero que ha tenido que retrasarse 4 años), antes de la cual deberían concluir los procedimientos abiertos bien en el seno del órgano jurisdiccional internacional, bien mediante la remisión de los casos pendientes a otras jurisdicciones nacionales que tengan competencia para conocer de los casos. En el caso del TPIY, las remisiones han tenido como destino las jurisdicciones nacionales de los países que conformaban la Antigua Yugoslavia mientras que en el caso del TPIR, que en noviembre de 2012 había remitido 10 casos a tribunales nacionales, los países de acogida de los casos incluyen a Francia y Ruanda, que llevó a cabo estos procesos en el seno de los polémicos tribunales de justicia participativa, “Gacaca”, ya abordados en el Capítulo IV (los intentos de remisión de los casos a Noruega y Holanda fallaron por cuestiones legales). Véase el último informe del TPIR de noviembre de 2012 sobre la estrategia de conclusión. Disponible en http://www.unictr.org/Portals/0/English%5CFactSheets%5CCompletion_St%5CS-2012-836.pdf. Para posibilitar la remisión de estos casos a las jurisdicciones nacionales hubo que llevar a cabo una modificación en las Reglas de Procedimiento y Prueba, concretizada fundamentalmente en la Regla 11 bis que regula requisitos exigidos para autorizar la remisión del caso a una jurisdicción nacional. En este sentido, véase el Informe de la OSCE de 2010 sobre la aplicación de este principio en Bosnia y Herzegovina (OSCE, “The Processing of ICTY Rule 11bis cases in Bosnia and Herzegovina: Reflections on findings from five years of OSCE monitoring. A report of the Capacity Building and Legacy Implementation Project”, enero de 2010). Para profundizar sobre el origen y articulación de la “estrategia de conclusión” véase MUNDIS, D., “Completing the mandates of the *ad hoc* international criminal tribunals: lessons from the Nuremberg process?”, *Fordham Int’l L.J.*, vol. 28, 2004-2005, p. 591; BEKOU, O., “Rule 11 bis: an examination of the process of referrals to national courts in ICTY jurisprudence”, *Fordham Int’l L. J.*, vol. 33, 2009-2010, p. 723; Sobre el efecto de esta estrategia en las víctimas, véase FRISSE, G.M., “The Winding Down of the ICTY: The Impact of the Completion Strategy and the Residual Mechanism on Victims”, *Göttingen Journal of International Law*, vol. 3, 2011, pp. 1093-1121. Véase también ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “El fin de la estrategia de conclusión de los Tribunales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda: el

casos a tribunales nacionales en el marco de esta estrategia, los tribunales *ad hoc* parecen haber optado por el criterio de la presencia del acusado en el territorio como título no sólo práctico, sino legitimador de la atribución de la jurisdicción a un determinado tribunal nacional. De la decisión de optar por este criterio se puede inferir, tal y como se analizará en el apartado correspondiente a la estrategia de conclusión en el capítulo VII, una legitimación práctica de los títulos de atribución de la jurisdicción en los que se basa la obligación de extraditar o juzgar⁵²⁹.

A pesar de la permanente referencia a la importancia de promover el rol de las jurisdicciones nacionales en la investigación y enjuiciamiento de los citados crímenes, presente en los pronunciamientos oficiales de los dos Fiscales que ha tenido la CPI, este tribunal no ha hecho uso, hasta la fecha, de su poder como catalizador de procesos a nivel estatal⁵³⁰. Al menos de facto, la CPI parece seguir abogando por una concepción pasiva del principio de complementariedad, basada más en la intervención subsidiaria para cubrir el vacío legal en caso de no intervención doméstica, que en la promoción del rol de las jurisdicciones nacionales en el enjuiciamiento de los crímenes internacionales de su competencia⁵³¹.

mecanismo residual internacional”, en *Estudios de derechos internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, coord. Por Mariano, J. Aznar Gómez y Jorge Cardona Llorens, Vol. 1, 2012.

⁵²⁹ Véase el caso de Ephrem Nkezabera, un banquero ruandés enjuiciado en Bélgica en el 2009 a solicitud del Fiscal del TPIR en el marco de la estrategia de conclusión, consistente en referir casos de acusados de medio y bajo rango a tribunales nacionales. La elección de Bélgica respondió a que este país había celebrado ya tres juicios por genocidios en Ruanda y a *que el acusado se encontraba en Bélgica en el momento de la solicitud del TPIR*.

⁵³⁰ Luis Moreno-Ocampo, ex Fiscal de la CPI, Discurso ofrecido en la Ceremonia de investidura del cargo de Fiscal General de la CPI, 16 de junio, 2003. Disponible en <http://www.iccnw.org/documents/MorenoOcampo16June03.pdf>: “As a consequence of complementarity, the number of cases that reach the Court should not be a measure of its efficiency. On the contrary, the absence of trials before this Court, as a consequence of the regular functioning of national jurisdictions would be a major success”; En el mismo sentido, Fatou Bensouda, Fiscal de la CPI, respondiendo a las preguntas de la Coalición por la CPI. Disponible en http://www.iccnw.org/documents/Fatou_Bensouda_Full_Interview_eng.pdf: “Preliminary examinations are key elements of the OTP activities as they provide an early opportunity, through contacts with relevant authorities and through widening public information about the cases, to encourage national proceedings and prevent recurrence of violence”.

⁵³¹ Sobre la nueva versión del principio de complementariedad proactivo como reformulador de las obligaciones de los Estados, véase LAPLANTE, L.J., “The domestication of international criminal law: a proposal...*op. cit.*”, pp. 649. A pesar de la naturaleza reactiva que viene caracterizando la actuación de la CPI, hay numerosos ejemplos de casos en los que la simple apertura de una investigación por parte de este tribunal ha catalizado importantes avances jurisdiccionales internos en los Estados que gozan de competencia para conocer de estos crímenes. Uno de los ejemplos más llamativos puede ser el de la creación de un Tribunal Especial para los hechos acaecidos en Darfur por parte del Gobierno de Sudán *al día siguiente* del anuncio por parte de la Fiscalía de la CPI de que se había abierto un procedimiento de investigación; o el de la modificación de ciertos preceptos de la Ley de Justicia y Paz que regulaban amnistías y penas nimias para los paramilitares por parte del Tribunal Constitucional a raíz de una carta enviada por la Fiscalía de la CPI al Gobierno colombiano, manifestando interés en investigar estos crímenes. Véase sobre este último caso, BURKE-WHITE, W.W., “Proactive Complementarity... *op. cit.*”, pp. 89-90. Sobre la influencia de la CPI en la activación y

Por último, conviene aludir a la limitación temporal que afecta a la jurisdicción de la CPI, en tanto que su competencia, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de las jurisdicciones nacionales, queda constreñida a los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto, es decir, 2002⁵³².

Las razones aquí presentadas para argumentar la preferencia de la jurisdicción de los tribunales nacionales sobre la de la CPI se circunscriben al ámbito práctico, sin perjuicio de que existan también motivos de fundamentación y de legitimidad que avalen esta postura⁵³³.

En segundo lugar, es preciso traer a colación aquí que el artículo 13.b del Estatuto de Roma reconoce al Consejo de Seguridad la posibilidad de remitir al Fiscal de la CPI una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de los crímenes de su competencia⁵³⁴. Para ello, ha de adoptar una decisión formal

desarrollo de los sistemas penales nacionales africanos con el fin de llevar a cabo las investigaciones y enjuiciamientos en su territorio véase BOULOS, M., "A Positive Impact Derived from ICC Investigations in African Countries: Catalyzing the Development in Domestic Legal Systems", en *Comment on the Africa Question: Is the International Criminal Court targeting Africa inappropriately?*, ICC Forum. Disponible en <http://iccforum.com/forum/permalink/91/1194>. Consultado el 25/05/2013. Evidentemente, ni la doctrina ni los funcionarios de las Naciones Unidas han pasado por alto los riesgos inherentes a esta "reacción inmediata". En este sentido, se ha pronunciado el Representante Especial del Secretario General para Sudán, Jan Pronk, que aunque describe esta iniciativa como positiva, deja entrever que tiene fundadas sospechas acerca de la credibilidad de estas actuaciones al afirmar que la tempística resulta, cuanto menos, curiosa y que este Tribunal Especial no puede sustituir a la CPI. Véase sobre esta cuestión, la nota publicada en *Global Policy Forum*, 18 de octubre 2005. Disponible en <http://www.globalpolicy.org/component/content/article/164/28535.html>. Consultado el 30/10/2013.

⁵³² Artículos 11, 24 y 26 del Estatuto de Roma.

⁵³³ El estudio detallado de esta cuestión excede el ámbito del presente trabajo, lo cual no impide reconocer la relevancia y trascendencia de la misma a los efectos de la propia fundamentación de la obligación de extraditar o juzgar. A pesar de la importancia del tema, se trata de un ámbito poco explorado por la doctrina. Cabe citar, entre los trabajos que se han adentrado en esta temática con mayor profundidad, un reciente estudio publicado en 2012 en el EJIL. VON BOGDANDY, A. y VENZKE, I., "In whose name?" An Investigation of International Courts' Public Authority and Its Democratic Justification", *EJIL*, vol. 23, núm. 1, 2012. En un ámbito mucho más abstracto e ideológico pero con una fuerte influencia en la práctica, conviene poner de manifiesto la existencia de posiciones contrapuestas entre el Norte, liderado por Europa, que aboga por una defensa de las instituciones globales en aras de una "comunidad global" y el Sur, que, desde un contexto colonizado, concibe la recientemente conquistada soberanía como el último bastión de protección contra la hegemonía del mercado, que intenta conquistar terreno a través de lo que eufemísticamente se ha llamado "regulación internacional". Álvarez ofrece una excelente explicación del efecto que este dilema tiene sobre el enjuiciamiento de los más graves crímenes internacionales. ÁLVAREZ, J.E., "State Sovereignty is Not Withering Away: A Few Lessons for the Future" en *Realizing Utopia...op. cit.*, pp. 28-29.

⁵³⁴ Esta potestad, que le viene reconocida al Consejo de Seguridad en virtud de su responsabilidad en el mantenimiento de la paz y seguridad internacional, solo ha sido ejercitada en dos ocasiones, en los casos de Sudán (Resolución 1593 del Consejo de Seguridad de 31 de marzo de 2005, Doc. NU. S/Res/1593 y Libia (Resolución 1970 del Consejo de Seguridad de 26 de febrero de 2011, Doc. NU. S/Res/1593. Véase, sobre Sudán: FINGERIT, A., "The International Criminal Court - The Sudan Referral" en *Inter Alia*, vol. 4, 2005, p. 25 y CONDORELLI, L., y CIAMPI, A., "Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC", *J. Int'l Crim. Just.*, vol. 3, 2005, p. 590. Sobre Libia: CERVELL HORTAL,

en el marco del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. Además, tiene la potestad de suspender una investigación o enjuiciamiento que la Corte haya ya iniciado, por un plazo de doce meses, que puede ser renovado⁵³⁵.

El análisis pormenorizado de los efectos que conlleva la articulación de la relación Consejo de Seguridad-CPI, en los términos referidos, ha sido extensamente tratado por la doctrina⁵³⁶. Quede aquí simplemente esbozada la

M.J., “La Resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad y la remisión de la cuestión libia a la CPI: ¿la unión hace la fuerza?”, *Anuario de derecho internacional*, núm. 27, 2011, pp. 77-107. El hecho de que la gran mayoría de los casos abiertos en la CPI, bien por remisión del Consejo de Seguridad, bien por denuncia de otro Estado miembro o por apertura de oficio por parte del Fiscal, estén localizados en África, ha sido objeto de importantes críticas, que han llegado a denominar este fenómeno el “*Africa bias*”. No obstante, la actual Fiscal de la CPI, Fatua Bensouda, afirmaba en una entrevista concedida pocos días antes de tomar posesión de su cargo el carácter injustificado de esta crítica. Coalition for the International Criminal Court, Entrevista con la recientemente electa Fiscal General de la CPI, D^a Fatou Bensouda. Disponible en http://www.iccnw.org/documents/Fatou_Bensouda_Full_Interview_eng.pdf. Consultado el 30/05/2013. En sentido contrario, el representante de la Unión Africana, Hailemariam Desalegn, Primer Ministro de Etiopía, afirmaba lo siguiente en el cierre del 21 Summit de la Unión Africana, mayo 2013: “The African leaders have come to a consensus that the process the ICC is conducting in Africa has a flaw. (...) The intention was to avoid any kind of impunity, but now the process has degenerated into some kind of race hunting. So we object to that”. “Ethiopian leader accuses international court of racial bias”, Reuters, 27 de mayo 2013. Consultado el 20/10/2013.

⁵³⁵ Artículo 16 del Estatuto de Roma.

⁵³⁶ La politización de la CPI como resultado de los poderes reconocidos al Consejo de Seguridad ha sido reiteradamente denunciada por la doctrina iusinternacionalista. En particular, ha sido la capacidad de suspender una investigación o procedimiento abierto lo que ha suscitado más críticas por parte de la doctrina. Entre otros, véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La Corte Penal Internacional (CPI) y las Naciones Unidas: la discutida posición del Consejo de Seguridad”, *Anuario de derecho internacional*, núm. 18, 2002, pp. 3-61; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Reflexiones sobre la Corte Penal Internacional como Institución Internacional”, *Revista española de derecho militar*, núm. 75, 2000, p. 201, en referencia a la facultad de suspensión de la CPI: “(...) limita su ejercicio efectivo (el de la Corte), sobre la base de una decisión de naturaleza política y sin una adecuada garantía de la viabilidad del procedimiento que se suspende”; REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional...op cit.*, p. 1248; y SHRAGA, D., “Politics and Justice: The Role of the Security Council” en *The Oxford Companion...op cit.*, que es especialmente crítico con el uso que Estados Unidos hace de esta potestad, en tanto que miembro permanente del Consejo, p. 171. Recientemente, la interminable pesadilla en la que sigue a día de hoy inmersa Siria, ha reactivado las críticas al poder de veto concedido al Consejo de Seguridad para frenar investigaciones iniciadas por la Corte, en tanto que en virtud del mismo, los responsables de las atrocidades cometidas en este conflicto están fuera del alcance del Tribunal en tanto que gozan del apoyo de Rusia y China, que, haciendo uso de sus poderes de veto, han bloqueado tres resoluciones del Consejo de Seguridad condenando las violaciones de derechos humanos en este territorio. La protección ofrecida por estos dos miembros permanentes tiene, en este caso, un alcance mayor. En tanto que Siria no ha firmado el Estatuto de Roma, la remisión de la situación a la CPI debe proceder obligatoriamente del Consejo de Seguridad, lo cual deja a la comunidad internacional atada de manos en cuanto a recursos jurídicos a nivel internacional se refiere. Confirma esta afirmación el hecho de que el 15 de enero de 2013, llegaron a 58 los Estados firmantes de una petición de remisión de la situación de Siria a la CPI. Disponible en <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/29293.pdf>. Véase, en este sentido el artículo publicado en el New York Times por Richard Dicker, Director del Programa Internacional de Justicia de Human Rights Watch en mayo de 2012, DICKER, R., “A Flawed Court in Need of Credibility”, New York Times, 21 de mayo de 2012. Disponible en http://www.nytimes.com/2012/05/22/opinion/a-flawed-court-in-need-of-credibility.html?_r=2&

ventaja que, respecto a esta cuestión ofrece el recurso a una herramienta jurídica (*aut dedere aut judicare*) que condiciona el ejercicio obligatorio de la jurisdicción exclusivamente al criterio objetivo de la presencia del acusado en el territorio del Estado en cuestión. La efectiva investigación y posterior enjuiciamiento del crimen internacional⁵³⁷ según este principio, sólo requiere

⁵³⁷ El término “crimen internacional” se utilizará aquí exclusivamente para aludir a la responsabilidad individual de los autores de los crímenes de competencia de la CPI (crimen de agresión, genocidio, crímenes de guerra y crimen de lesa humanidad) sin que ello suponga conflicto alguno con el hecho de que desde el año 2001, los hechos internacionalmente ilícitos de los que el Estado es responsable hayan pasado a denominarse, a propuesta de la Comisión de Derecho Internacional “violaciones graves por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa del derecho internacional general”. Conviene hacer aquí un apunte histórico para explicar los caminos que llevaron a la CDI a adoptar esta expresión, tan alejada de su propuesta inicial. La tendencia existente hacia a la codificación bajo el derecho internacional de los crímenes internacionales individuales (en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad y en el Estatuto de Roma) es de sobra conocida, pero el concepto de crimen de Estado había sido introducido por primera vez en 1976 por la CDI en el artículo 18 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado (Yearbook of the International Law Commission, 1976, vol.1, Draft articles on States responsibility: texts adopted by the Drafting Committee—title of chap. III and articles 15 bis and 16-18—reproduced in A/CN.4/SR.1401, SR.1402 and SR.1402, para.6, Doc. A/CN.4/L.243 and Ad. 1 and Add.1/Corr.1). Disponible en http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l243.pdf Consultado el 21/05/2013. Este artículo dividía los hechos internacionalmente ilícitos en crímenes internacionales y delitos internacionales, pero fue muy criticado por los Estados. Como resultado de estas críticas, la CDI propuso una nueva expresión más restrictiva pero igualmente comprensiva de la misma idea: “violaciones graves por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa del derecho internacional general”. Véase el artículo 40 del Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de 2001, adoptado por la Asamblea General en su sesión 43º, Doc. A/56/10. Disponible en http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Consultado el 26/05/2013. A estas alturas de la investigación, el requisito del carácter consuetudinario de las obligaciones *erga omnes* limita el ámbito material al que podemos aplicar este término, a la prohibición y tipificación de los crímenes de lesa humanidad. Su prohibición, como la del resto de crímenes de competencia de la CPI, forma parte del *ius cogens* (véase, entre otros, SCHARF, M., “*Aut dedere...op cit.*”, párr. 17 y CRAWFORD, J., *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 18). Precisamente el objetivo de este trabajo es determinar si el incumplir la obligación alternativa de extraditar o juzgar en relación a este grave crimen puede llegar a ser considerado “una violación grave de una obligación que emane de una norma imperativa de Derecho internacional general”, con las consiguientes consecuencias para el Estado, entre las cuales se encuentra el surgimiento de su responsabilidad. Entre los autores que defienden esta postura se encuentra el experto Cherif Bassiouni, que distinguiendo entre el carácter de *ius cogens*, entendido como el estatuto jurídico de ciertas infracciones y las obligaciones *erga omnes*, entendidas como las consecuencias jurídicas que se derivan de la calificación de un determinado crimen como *ius cogens*, enumera como obligaciones imperativas derivadas del carácter *ius cogens*: entre otras, el deber de procesar o extraditar, la imprescriptibilidad y la exclusión de toda impunidad (citado por Ollé Sese en OLLÉ SESE, M., *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, Ed. La Ley, 2008, p. 197). Sobre estas cuestiones en términos más generales, véase CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 207: “lo esencial de esta noción estriba en que la relación jurídica de responsabilidad se establece entre el Estado al que el ilícito le es atribuible, de una parte, y, de otra, la comunidad internacional en su conjunto, lo cual implica que todo Estado podrá legítimamente exigir responsabilidades y, si ésta no es satisfecha, adoptar medidas sancionatorias contra el Estado al que el ilícito contra la comunidad internacional es imputable por el incumplimiento de una obligación jurídica *erga omnes*”. Fue precisamente este autor quien propuso al Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional la distinción entre comportamientos ilícitos de un Estado y hechos ilícitos contra la comunidad internacional, propuesta que fue aceptada en 1980. Más recientemente, véase el apartado “E. Relaciones de importancia: el Artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas, el *ius*

que concurren dos presupuestos: a. Que el crimen perpetrado pueda enmarcarse dentro de los crímenes más graves o “core crimes”, a pesar de que, cómo se verá a continuación, el ámbito material o sustantivo del principio no ha sido todavía definido; y b. La presencia del acusado en el territorio del Estado sobre el que pesa la obligación de extraditar o juzgar. De esta forma, el *aut dedere aut iudicare* se presenta en este contexto como un vehículo a través del cual promover el papel activo de las jurisdicciones nacionales en la lucha contra la impunidad en el ámbito de las más graves violaciones de derecho internacional, superando, hasta cierto punto, la crítica de politización de la que es objeto la CPI a la luz de los poderes que concede al Consejo de Seguridad en la iniciación y suspensión de los procedimientos⁵³⁸.

En otras palabras, la defensa de la aplicación del referido principio no tiene otra finalidad que la de apoyar la consolidación del “sistema integrado” hacia el que, desde hace tiempo, se dirige la relación entre las jurisdicciones penales nacionales e internacionales, basado en la “gobernanza compartida” de las

cogens, y las obligaciones erga omnes como conflicto de normas” del Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional. *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, elaborado por Martti Koskeniemi, Doc. A/CN.4/L.682 de 13 de abril de 2006. Disponible en [http://daccess-dds-](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/Go6/610/80/PDF/Go661080.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/Go6/610/80/PDF/Go661080.pdf?OpenElement](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/Go6/610/80/PDF/Go661080.pdf?OpenElement) Consultado el 21/05/2013. En el ámbito de la jurisprudencia internacional, cabe destacar una sentencia del TPIY por la interesantísima construcción que hace para, sobre la base del carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura, justificar la aplicabilidad de la obligación de extraditar o juzgar. TPIY, Fiscal c. Furundzija, Sala de Primera Instancia, caso núm. IT-95-17/1-T, sentencia de 10 de diciembre 1998, párr. 156: “(...) one of the consequences of the *ius cogens* character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction”.

⁵³⁸ El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas ha evidenciado la existencia de otras limitaciones de los poderes del Consejo de Seguridad a través del caso Yusuf, en el que se denuncia la violación de derechos humanos que entraña la regulación 881/2002 adoptada por el Consejo Europeo para implementar la resolución del Consejo de Seguridad que ordenaba la aplicación de “sanciones inteligentes” contra individuos supuestamente relacionados con Al Qaeda. En esta sentencia, se afirma que las facultades de este órgano pueden ser limitadas por el *ius cogens*. Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, Yusuf y Al Barakaat International Foundation c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas, asunto T-306/01, sentencia de 21 de septiembre de 2005, párr. 277: “No obstante, el Tribunal de Primera Instancia está facultado para controlar, de modo incidental, la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas desde el punto de vista del *ius cogens*, entendido como un orden público internacional que se impone a todos los sujetos del Derecho Internacional, incluidos los órganos de la ONU, y que no tolera excepción alguna”. En idéntico sentido, véase también la sentencia dictada en el caso Kadi, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, Yassi Abdullah Kadi c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas, asunto T-315/01, sentencia de 21 de septiembre de 2005, párr. 226. Ambas sentencias fueron posteriormente anuladas por la Gran Sala del Tribunal de Justicia que resolvió el recurso de casación estimando que el Reglamento de congelación de fondos había sido adoptado violando los derechos fundamentales del interesado, en una sentencia de 3 de septiembre de 2008, en la que reiteró la competencia de los tribunales comunitarios para controlar las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008, en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P. Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas.

funciones públicas entre el Estado y las instituciones internacionales. La fijación de estándares internacionales, tanto en el terreno procesal como en el terreno material, del enjuiciamiento de estos “crímenes internacionales graves” o “*core crimes*” viene a complementar la actuación de la jurisdicción nacional, en tanto que introduce un elemento de objetividad y homogeneidad que, evidentemente, tiene un efecto positivo en el ámbito de la legitimidad⁵³⁹.

Por último, para entender el conjunto de razones que hacen de los tribunales domésticos la sede idónea para conocer de los crímenes internacionales es preciso recordar que hay “Estados⁵⁴⁰” que no son socios del club. ¿Qué pasaría con un genocidio que, por haber sido perpetrado en el territorio de un Estado que no hubiera ratificado el Estatuto de Roma, por nacionales o contra nacionales de este país, no tuviera acceso a la jurisdicción de la CPI, a pesar de

⁵³⁹ ORIOLO, A., “Revisiting the interactions between the ICC and national jurisdictions...*op cit.*”, p. 198, citando a ZICCARDI CAPALDO, G., *The Pillars of Global Law*, 2008, p. 46.

⁵⁴⁰ La utilización de las comillas responde, como se podrá adivinar, a que algunos de las violaciones de derechos humanos a las que nos venimos refiriendo y que, con frecuencia, son constitutivas de crímenes de competencia de la CPI son perpetradas en territorios sometidos a dominación colonial o extranjera a los que la Comunidad Internacional no les ha reconocido el estatus de país independiente, con las consiguientes limitaciones para actuar, a nivel internacional, para exigir el respeto a los derechos humanos en su territorio. Entre ellos, recordemos, una vez más, las sistemáticas violaciones de derechos humanos que se han perpetrado y se siguen perpetrando en el Sáhara Occidental o en los Territorios Ocupados de Palestina y que siguen gozando de impunidad absoluta. En relación con Palestina, España y su reforma del artículo 23.4 de la LOPJ vuelven a ser protagonistas. El caso de los crímenes contra la humanidad cometidos en Gaza por parte de Israel en 2002 a través del lanzamiento de una bomba de una tonelada en el barrio de Al Darj de la ciudad de Gaza causando la muerte de 15 personas y dejando 150 heridos, fue denunciado en España y admitido a trámite por el Juzgado Central de Instrucción núm. 4, para posteriormente, tras el recurso de la Fiscalía, ser archivados en el auto núm. 1/2009 de 9 de julio de 2009. A pesar de que en este momento la reforma aún no estaba en vigor, sus principios, confirmados en apelación por el auto núm. 550/2010 de 4 de marzo de 2010, dictado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, inspiran este auto de inadmisión en el que se afirma que los tribunales españoles no son competentes para conocer de estos crímenes porque ya existen investigaciones abiertas por las autoridades locales en Israel: “(...) se constata la existencia de investigación militar de campo, con resultados remitidos al Fiscal General Militar y querellas recibidas por el Fiscal General del Estado, investigación interna que finalizó en archivo por la Fiscalía de Israel. Se señala que en la actualidad pende proceso penal, Caso Shehadeh (TSJ 8794/03) cuyos hitos procedimentales relevantes se describen, interrumpido hasta el dictado de la sentencia anterior; las partes consintieron la creación de una Comisión independiente de investigación de los hechos, que lleva a cabo su cometido bajo revisión judicial de sus decisiones”. En estos momentos sigue pendiente un recurso de nulidad de este auto (Recurso nº 1979/2009. Disponible en <http://www.nodo50.org/csca/agenda10/palestina/pdf/NulidadanteTS.pdf>) que alega 1. Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; y 2. Vulneración del derecho fundamental a un proceso con las garantías debidas. Huelga entrar en el carácter claramente ficticio de estas investigaciones a la luz de la más que reiterada posición de Israel no solo de no aplicar la ley a estos crímenes internacionales sino de defender, con su actuación, su perpetración. Véase, en este sentido, la crítica a esta decisión de la Audiencia Nacional que hace el Profesor Ollé Sese en su intervención en la mesa redonda celebrada en el Ateneo de Madrid en febrero de 2011, organizada por la Asociación Pro Derechos Humanos de España. Disponible en http://www.apdhe.org/Index/documentos/justicia_universal_derecho_internacional_apdhe.pdf.

que los los tribunales a los que les correspondiera conocer del caso “no quisieran o no pudieran⁵⁴¹” ejercer su jurisdicción?

El caso presentado en la pregunta formulada no es, desgraciadamente una hipótesis teórica a resolver con fines esencialmente académicos y en el mejor de los casos, de prevención⁵⁴². Se trata de un supuesto acaecido ya, que ha tenido a España (y a su reforma del artículo 23. 4 de la LOPJ de 2009) como protagonista⁵⁴³.

El 21 de febrero de 2006, la Audiencia Nacional española admite a trámite una querella presentada, en ejercicio de la acción popular, por el Comité de Apoyo al Tíbet (CAT) y D. Thubten Wangchen, que ejercía la acusación particular, contra el ex Presidente de la República Popular China, Jiang Zemin, el antiguo Primer Ministro, Li Peng y otros jerarcas chinos por un presunto genocidio en el Tíbet⁵⁴⁴. Los crímenes denunciados incluían el genocidio, torturas, terrorismo de Estado y crímenes contra la humanidad. Este auto, que revoca la decisión previa de inadmisión, estuvo muy influido por la célebre sentencia del TC en el caso Guatemala⁵⁴⁵, que reconoce el carácter “absoluto” del principio de jurisdicción universal en España, y fundamenta la admisión a trámite en el reconocimiento de que “a. Los hechos que se relatan en la querella revisten los caracteres de genocidio; b. Concurren los presupuestos del artículo 6 del Convenio de Genocidio (agotamiento de las vías internacionales de solución y reparación); y c. Se ha ejercido racionalmente el derecho al presentar esta querella ante los tribunales españoles⁵⁴⁶”.

⁵⁴¹ Artículo 17 del Estatuto de Roma.

⁵⁴² Entre los autores que han denunciado esta cuestión véase, entre otros, GÓMEZ-BENÍTEZ, J.M., “Complementariedad de la Corte Penal Internacional y jurisdicción universal...*op. cit.* p. 40: “B. La complementariedad imposible: los territorios sin Estado (...) Existen, sin embargo, situaciones en las que es discutible desde el punto de vista del Derecho internacional que exista un Estado y, por tanto, que el territorio sobre el el que determinadas personas ejercen la autoridad sea jurídico-internacionalmente un territorio de soberanía estatal. Con frecuencia, como demuestra el caso de Palestina, en estos territorios existen conflictos bélicos, generalmente vinculados a reclamaciones territoriales, pretensiones de independencia o descolonización, que son especialmente propicios para la comisión de algunos de los crímenes que contempla el Estatuto de Roma”.

⁵⁴³ Para un tratamiento amplio de esta reforma véase PIGRAU I SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales internacionales*, Generalitat de Catalunya, Col·lecció Recerca per Drets Humans, Barcelona, 2009.

⁵⁴⁴ Esto se hace revocando la anterior decisión de inadmisión de 5 de septiembre de 2005 del Juzgado de Instrucción.

⁵⁴⁵ Sobre esta cuestión y por todos, véase PIGRAU I SOLÉ, “Jurisprudencia en materia de Derecho Internacional público: a propósito de la Sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional, de 26 de septiembre de 2005, en el caso Guatemala y su interpretación por la Audiencia Nacional”, *REDI*, vol. 57, núm 2, 2005, pp. 893-910.

⁵⁴⁶ ESTEVE MOLTÓ, J.E., “El auto de admisión a trámite de 10 de enero de 2006 de la Audiencia Nacional. La aplicación de la jurisdicción universal al caso del genocidio del Tíbet”, *Anuario de derecho internacional*, núm. 22, 2006, pp. 599-604. Para más detalles sobre las violaciones de derechos humanos que se vienen perpetrando en el Tíbet desde que en 1950

Sin embargo, este caso resultó ser uno de los muchos ejemplos en los que la política redefine el curso normal de los procedimientos judiciales. Tras esta decisión revocatoria, las reacciones de las autoridades chinas no se hicieron esperar. Las presiones sobre el Gobierno español se agravaron cuando el 5 de mayo de 2009 el juez de la Audiencia Nacional, Santiago Pedraz, solicitó permiso al Gobierno chino para interrogar a tres de sus actuales ministros. El Gobierno chino respondió de manera contundente exigiendo a España que tomara “medidas inmediatas y efectivas” para que “la falsa querella” por el genocidio tibetano fuera retirada “con el fin de evitar perjuicios en las relaciones bilaterales entre España y China⁵⁴⁷”. Pocos días después se tramitaba la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ, que abolió el principio de jurisdicción universal en España y que permitió que el 27 de octubre de 2010, la Audiencia Nacional dictara un auto sobreseyendo este caso por falta de competencia⁵⁴⁸. Finalmente, tras la decisión de imputar al ex Presidente chino, Hu Jintao, tomada por la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 9 de octubre de 2013 ante la constatación de la concurrencia del título habilitante de la nacionalidad española de una de las víctimas⁵⁴⁹, el Tribunal Supremo ha puesto fin a este asunto archivando definitivamente las dos causas abiertas contra dirigentes chinos el 22 de abril de 2015⁵⁵⁰.

A pesar de que esta resolución supone el cierre de una importante puerta a las víctimas del genocidio tibetano, el Estatuto de Roma reserva un último boleto a las víctimas de violaciones de derechos humanos en casos como el descrito: pueden esperar a que el Consejo de Seguridad, en aplicación del Capítulo VII, remita el caso a la CPI, siempre y cuando, el crimen se haya cometido después de la entrada en vigor del CPI (2002), que, por desgracia, no es el caso del genocidio tibetano.

fuera ocupado militarmente por China, véase de este mismo autor, “El Tíbet, la frustración de un Estado. El genocidio de un pueblo”, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2004.

⁵⁴⁷ China exige al Gobierno que Pedraz aparque el caso Tíbet en pro de las buenas relaciones, RTVE, 7 de mayo de 2009, Disponible en <http://www.rtve.es/noticias/20090507/china-exige-gobierno-pedraz-aparque-caso-del-tibet-pro-buenas-relaciones/275962.shtml> consultado el 30/10/2013.

⁵⁴⁸ Véase, para un tratamiento exhaustivo de esta cuestión, FEIJOO SÁNCHEZ, B., “El principio de justicia universal en el Derecho penal español tras la reforma mediante la LO 1/2009. Comentario crítico al Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 17 de octubre de 2010 (“Caso Tibet”) y al Voto particular que formulan tres magistrados”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, núm. 1/2011.

⁵⁴⁹ Institut de drets humans, Universitat de Valencia, “Jose Elías Esteve, del IDH, consigue la imputación del Presidente chino Hu Jintao por genocidio en el Tíbet, 16 de octubre de 2013. Disponible en <http://idh.uv.es/en/news/199-jose-elias-imputacion-expresidente-chino.html>. Consultado el 30/10/2013; “La Audiencia imputa al ex presidente chino Hu Jintao por genocidio en el Tíbet, El Mundo, 10 de octubre de 2013. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/10/10/espana/1381425547.html>. Consultado el 30/10/2013.

⁵⁵⁰ TS, Sala de lo Penal, Sentencia nº 297/2015, Recurso de Casación 1784/2014, 8 de mayo de 2015. Disponible aquí: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-confirma-el-archivo-de-las-dos-causas-abiertas-en-la-Audiencia-Nacional-contra-exdirigentes-chinos>. Consultado el 06/09/2015.

5.2. El significado de la obligación de extraditar o juzgar

Llegados a este punto, una vez justificadas y presentadas las ventajas que, tanto en el ámbito de los derechos humanos como en el de la erradicación de la impunidad, se derivan de la consolidación de esta herramienta, es necesario abordar, en términos exhaustivos, el alcance y el significado de la obligación de extraditar o juzgar. En tanto que el fin último de esta obligación es empoderar a los tribunales nacionales para que sean éstos los que lleven a cabo la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de lesa humanidad sobre la base de la presencia de los presuntos autores en su territorio, una investigación rigurosa no podía dejar de abordar las desventajas inherentes al ejercicio de esta jurisdicción. La erradicación de la impunidad y la protección de los derechos de seguridad jurídica han sido los dos motivos que se han venido esgrimiendo para justificar el presente enfoque⁵⁵¹. Se parte de la hipótesis de que la promoción de la jurisdicción de los tribunales nacionales en este ámbito puede contribuir notablemente a la consecución de estos dos objetivos.

No sería honesto, en términos académicos, defender la consolidación de una herramienta de esta magnitud, sin haber valorado previamente los efectos que pueden derivarse de su efectiva implementación. Se requiere por tanto una evaluación objetiva de los riesgos para los derechos humanos y un examen realista de la contribución a la erradicación de la impunidad que la puesta en marcha de este instrumento entrañaría, con el fin de comprobar que los objetivos que justifican su existencia son alcanzables. Era, por tanto, necesario para ver el cuadro completo, plantear estas cuestiones en el apartado anterior⁵⁵². Así, el resto del capítulo V, y los capítulos VI y VII intentarán determinar el alcance, el contenido y la naturaleza jurídica del *aut dedere aut judicare*, tratando de responder así a la duda que flota en el aire: ¿cuál es la capacidad de esta herramienta jurídica de promoción de las jurisdicciones nacionales para lograr el ambicioso objetivo de, en el marco del respeto a los derechos humanos, impedir que los autores de crímenes de lesa humanidad queden impunes? Como se verá, el enfoque descriptivo se alternará con el prescriptivo, en aquellos puntos en los que no exista práctica estatal, fuentes convencionales, o normas consuetudinarias de las que inferir el contenido exacto de la cláusula alternativa. Esto se evidenciará sobre todo a la hora de definir el nivel de protección de derechos humanos aplicable por el Estado del territorio en el que se halle el presunto autor de un crimen de lesa humanidad, bien al enjuiciamiento, bien a la extradición del mismo. Con ello, se pretenden mitigar los riesgos derivados de la existencia de una obligación consuetudinaria que atribuya competencia

⁵⁵¹ Para una discusión sobre la relación entre ambas cuestiones véase BASSIOUNI, M.C., "The proscribing function of international law in the process of international protection of human rights", *Yale J. World Pub. Order*, vol. 9, 1983, p. 193.

⁵⁵² Ofreciendo así una imagen nítida del potencial de esta herramienta como catalizadora del rol de las jurisdicciones nacionales, en un contexto internacional de coexistencia con otras jurisdicciones penales mixtas o internacionales que subsidiariamente pueden llegar a conocer de estas violaciones graves del derecho internacional.

jurisdiccional forzosa a los Estados en base al criterio de la presencia en el territorio⁵⁵³.

La estructura que se seguirá consistirá en abordar, en primer lugar, el origen histórico de esta figura para después entrar a diseccionar el significado de esta obligación y la forma en la que las dos alternativas se relacionan entre sí. En tercer lugar, se estudiarán las relaciones entre la obligación jurídica de extraditar o juzgar y el principio de jurisdicción universal para terminar con un minucioso análisis del proyecto de artículos sobre la obligación de extraditar o juzgar en el que trabaja en estos momentos la CDI.

5.2.1. Historia y evolución del concepto

Generalmente, los autores que se han adentrado en el estudio de la obligación de extraditar o juzgar han coincidido en situar la primera referencia a la máxima objeto de estudio en el s. XVII. Es más, la percepción de Hugo Grocio como padre de este principio está ampliamente extendida entre los iusinternacionalistas de todo el mundo⁵⁵⁴. La contribución grociana a la construcción de la obligación de extraditar o juzgar es incuestionable. Así, ninguna investigación que pretenda analizar esta institución puede dejar de analizar el *aut dedere aut punire* que nos presentó Grocio en 1625 en su célebre tratado sobre el derecho de la guerra y de la paz⁵⁵⁵.

Sin embargo, según una parte de la doctrina española, las raíces de esta obligación pueden tener un origen aún más antiguo, llegando a retrotraerse al siglo XVI. En un artículo académico recientemente publicado, la profesora Abad Castelos realiza una interesantísima revisión de la historia de este principio, que inevitablemente confluye con la historia del principio de jurisdicción universal, y halla sus primeras manifestaciones entre los religiosos que fueron testigos,

⁵⁵³ Entre los riesgos más evidentes, debe subrayarse el peligro de violaciones de derechos humanos que se deriva de la existencia de variaciones en los niveles de protección jurídica de los derechos fundamentales en los distintos países. Esto ha sido tratado en profundidad en el capítulo I.

⁵⁵⁴ En este sentido véase, entre otros, internacionales: BASSIOUNI, M.C. y WISE, E.M., *Aut Dedere Aut Judicare...op cit.*; ENACHE-BROWN, C. y FRIED, A., "Universal Crime, Jurisdiction and Duty. The obligation of aut dedere aut judicare in International Law", *McGill Law Journal*, vol. 43, 1998; ROHT-ARRIAZA, N., "State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law", *California Law Review*, vol. 78, núm. 2, 1990, pp. 449–513; MITCHELL, C., *Aut Dedere, Aut Judicare...op cit.*; GITTI, A., "Impunity under National Law and Accountability under International Human Rights Law: Has the Time of a Duty to Prosecute Come?", *ItYBIL*, vol. 9, 1999, pp. 64–85; PLACHTA, M., "Contemporary Problems of Extradition...op cit."; RABBAT, P., "*Aut dedere aut judicare*: Constitutional Prohibitions on Extradition and the Statute of Rome", *Revue québécoise de droit international*, vol. 15, núm. 1, 2002, pp. 179–204; KELLY, M.J., "Cheating Justice by Cheating Death...op cit.

⁵⁵⁵ GROCIO, H., *De Iure Belli ac Pacis*, 1625; traducción española: Del derecho de la guerra y de la paz, Clásicos jurídicos, Editorial Reus, traducción de Jaime Torrubiano Ripoll, 1925. En el capítulo XXI del libro II, párrafo IV (pp. 160-164) se recoge esta figura de manera extensa.

⁵⁵⁵ *Id.*

directa o indirectamente, de las atrocidades cometidas por la Corona española en América:

“Así, las primeras referencias al fundamento de la jurisdicción universal cabe encontrarlas en los siglos XVI y XVII, fundamentalmente en las obras de Francisco de Vitoria, Diego de Covarrubias, Suárez y Hugo Grocio. De hecho, la formulación doctrinal del principio de jurisdicción universal es una aportación de juristas españoles en el desarrollo del debate que suscita Bartolomé de las Casas por los crímenes, hoy llamados de lesa humanidad, cometidos por algunos españoles en América; y fue a su vez el jurista español Diego de Covarrubias, quien sostenía, a mediados del siglo XVI, que los grandes crímenes contra la Humanidad no deben quedar impunes, y deben ser perseguidos en el lugar en el que se cometieron, y de no ser así, otro país puede arrogarse el derecho de perseguirlos, aunque el delincuente no se encuentre en él⁵⁵⁶”.

Así, esta autora nos presenta a Diego de Covarrubias, influyente teólogo, político y jurista español⁵⁵⁷, como el verdadero precursor del principio que aquí nos ocupa. Sin perjuicio de este reconocimiento, el gran desarrollo de esta idea realizado por el jurista holandés merece una atención especial en tanto que sienta los cimientos de lo que más tarde vendría a convertirse en una de las herramientas internacionales más eficaces de lucha contra la impunidad: la obligación de extraditar o juzgar⁵⁵⁸.

Hugo Grocio y el *aut dedere aut punire*

⁵⁵⁶ ABAD CASTELOS, M., “La persecución restringida...*op cit.*, p. 70, citando a GARCÉS, J., “Epílogo”, *La Responsabilidad Penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: El Caso de Palestina*, PÉREZ GONZÁLEZ, C. y ESCUDERO ALDAY, R. (editores), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 231-238, p. 233. Véase también la declaración común de los cuatro jueces en el caso Lockerbie (Medidas Provisionales), en la que se afirma que la idea llevaba dando vueltas “since the days of Covarrubias and Grotious”. Ver TIJ, Cuestiones de interpretación y aplicación del Acuerdo de Montreal surgidas como consecuencia del incidente aéreo en Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Los Estados Unidos), Medidas cautelares, Auto de 14 de abril de 1992, ICJ Reports 1992, Declaración conjunta de los jueces Evensten, Tarassov, Guillaume y Aquilar Mawdsley JJ., párr. 2. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/88/7093.pdf> Otros autores afirman que para encontrar las primeras manifestaciones del principio de extraterritorialidad es preciso, al menos en lo que a España se refiere, acudir a las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, redactadas en 1265. OLLÉ SESE, M., *Justicia Universal para Crímenes Internacionales...op cit.*, p. 355: “La Ley 15 del título I prescribía: “(e)t si aquel que fizo el yerro, fuese home que anduviese fuyendo de un lugar a otro, de manera que non lo pudiesen fallar, do fizo el alfecho, nin do ha la mayor parte de sus bienes, o do ha la mayor morada, enconces á este atal en cualquier lugar quel falen lo pueden acusar, et él es tenuto de responder al acusamiento”. El texto completo puede consultarse en aquí.

⁵⁵⁷ Nacido en 1512 en Toledo, fue obispo de Ciudad Rodrigo, profesor de Derecho Canónico en Salamanca y Oviedo y Presidente del Consejo de Castilla. Para un análisis más exhaustivo, véase entre otros, MALAGÓN-BARCELÓ, J. “El obispo don Diego de Covarrubias Leyva: (1512-1577)”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año VIII, núm. 24, 1975.

⁵⁵⁸ Otros autores retrotraen el origen de la idea que subyace a esta obligación alternativa al s.XIV y la atribuyen al jurista medieval italiano Baldus de Ubaldis (1327-1400). BASSIOUNI, M.C. y WISE, E.M., *Aut Dedere Aut Judicare...op cit.*, p. 28

Se ha avanzado ya que la primera articulación estructurada de la obligación de entregar o castigar aparece en el siglo XVII en la obra magna de Grocio "*De iure belli ac Pacis*". En concreto, en el capítulo XXI del libro II, el autor introduce este principio rector de las relaciones internacionales, tal y como él las concebía:

"Mas, no soliendo permitir las ciudades que otra ciudad armada penetre en su territorio a título de exigir una pena, ni convenga esto, síguese que la ciudad en la cual mora el que es convicto de culpa debe hacer una de las dos cosas, o castigar, requerida ella, al delincuente, según su mérito, o permitir que se le castigue al arbitrio del interpelante; esto último es entregar, lo cual frecuentísimamente ocurre en las historias".

El jurista interrumpe su definición para enumerar una docena de casos históricos en los que se ha requerido, en los términos referidos, la entrega de un "presunto" delincuente por parte de un reino o un imperio a otro con el fin de proceder a su castigo⁵⁵⁹.

La obligación de entregar o castigar es presentada por Grocio en este tratado como una obligación disyuntiva para el "Estado" requerido que puede, en ocasiones, darle "a los que piden a los delincuentes opción, por lo que se satisfaga más copiosamente⁵⁶⁰". Grocio también hace un esfuerzo por delimitar el alcance y contenido de este principio evitando que su elaboración se limite a un plano abstracto. En este sentido, aborda la cuestión de cuándo se considera perfecta la entrega, así como las consecuencias de la misma:

"Mas entregar, de que aquí tratamos, no es otra cosa sino entregar al ciudadano a la potestad de otro pueblo, de suerte que establezca de él lo que quisiere. Y esta permisión no le da derecho alguno o lo quita; quita solamente el impedimento de la ejecución. Por lo cual, si el otro pueblo no usa el derecho concedido, estará aquel que fue entregado en condición que pueda ser o no castigado por su pueblo (lo cual sucedió a Clodio entregado a los Corsos y no aceptado por ellos), como hay muchos delitos en los cuales pueden hacerse ambas cosas⁵⁶¹".

La entrega, en la fórmula grociana, tiene prioridad sobre el castigo en tanto que se basa en el derecho natural a infligir un castigo que pertenece al Estado dañado, derecho cuyo ejercicio no debe ser obstaculizado por el Estado en el que el responsable busque refugio⁵⁶².

⁵⁵⁹ GROCIO, H., *De Iure Belli ac Pacis...op cit.*, p.160-161: "(...) Así Catón quiso que fuera entregado César a los germanos por haberles declarado injustamente la guerra. Así, los galos pedían que se les entregasen los Fabios, por haber peleado contra ellos. Los romanos exigieron de los hérnicos que les fueran entregados los asoladores de su campo, y de los cartagineses que les fuera entregado Amílcar, no aquel noble capitán, sino otro que levantaba a los galos; y después pidieron también a Aníbal (...)".

⁵⁶⁰ *Id.*, p. 162.

⁵⁶¹ *Id.*, pp. 163-164.

⁵⁶² Así lo han interpretado los primeros referentes académicos del *aut dedere aut judicare*, BASSIOUNI, M.C. y WISE, E.M., *Aut Dedere Aut Judicare...op cit.*, p. 5: "Therefore, it ordinarily must deliver a guilty individual to the requesting state for punishment. It is not

En cuanto al sujeto pasivo u objeto de la obligación disyuntiva, Grocio propone una interpretación amplia del mismo, dilatando así el alcance de la obligación en aras de la erradicación de la impunidad: “Y lo que dijimos de los delincuentes que se han de entregar o castigar no solo se refiere a aquellos que fueron siempre súbditos de aquel cerca de quien se hallan ahora, sino también a aquellos que se refugiaron allí después de cometido el crimen⁵⁶³”.

De una interpretación literal de este enunciado, se infiere que el autor consideraba la obligación alternativa aplicable tanto a extranjeros como a nacionales del Estado en el que el presunto autor fuera detenido (*forum deprehensionis*).

Por último, Grocio aborda en términos descriptivos los delitos a los que se ha venido aplicando la citada obligación, sin ofrecer ninguna valoración concluyente o prescriptiva acerca de lo que considera, debiera ser, el alcance material de este principio:

“Por lo demás, este derecho que dijimos de pedir para castigarlos a aquellos que huyeron fuera del territorio, en este y en los próximamente pasados siglos, se ejerce en las más partes de Europa acerca de aquellos crímenes que tocan el estado público o que tienen consigo una gran atrocidad. Los delitos menores prevaleció que se pasaran con mutuo disimulo, a no ser que por las leyes de la alianza se hubiere pactado algo más propio⁵⁶⁴”.

Con todo, el requisito de la concurrencia de un crimen internacional de naturaleza grave como elemento consustancial a este principio ya se intuye en esta fase embrionaria de su construcción. El *aut dedere aut punire* que nos propone Grocio a principios del siglo XVII mientras se encuentra exiliado en Francia ⁵⁶⁵, indudablemente, persigue el mismo objetivo de erradicar la impunidad que subyace en la actualidad tanto al principio de jurisdicción universal como a la obligación de extraditar o juzgar. Para ello se apoya en el derecho desde una marcada posición iusnaturalista⁵⁶⁶.

rigidly bound to do so. It has an alternative: to punish the offender itself. But it is bound to do one or the other: either extradite or punish”.

⁵⁶³ *Id.*, p. 164.

⁵⁶⁴ *Id.*, p. 169.

⁵⁶⁵ Tras ser condenado a cadena perpetua en Holanda por sus convicciones liberales que se oponían tanto a la ortodoxia calvinista como a la casa de Orange, logró fugarse con la ayuda de su mujer, María Rieigersberg, a París, desde donde escribió su obra maestra.

⁵⁶⁶ Es importante recordar ya en este punto que, a pesar del carácter lineal con el que se ha descrito la evolución histórica de esta obligación alternativa, la aceptación de la jurisdicción extraterritorial que la misma entraña no fue una cuestión pacífica entre los pensadores y juristas más o menos contemporáneos. Así, cabe destacar la crítica postura de Cesare Beccaria al respecto. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas...op cit.*, párr. 71: “Algunos piensan que una acción cometida, por ejemplo en Constantinopla, puede ser castigada en París, fundados en la razón abstracta de que quien ofende a la humanidad merece tener toda la humanidad por enemiga, y el aborrecimiento universal, como si los jueces tuvieran que ser caballeros errantes en general, en lugar de guardianes de las convenciones particulares entre hombres”. También mantiene que “el lugar de castigo es donde se cometió el crimen solamente” (párrs. 135-136). Existen otras interpretaciones de las palabras de Beccaria más favorables al reconocimiento de

Sin embargo, con la consolidación de la presunción de inocencia en el contexto del reconocimiento de los derechos humanos a raíz de la revolución francesa, esta fórmula tuvo que ser transformada para cumplir con las nuevas exigencias. La obligación de *extraditar o castigar* se convirtió así en la obligación de *extraditar o juzgar*.

*El surgimiento de los derechos humanos y la reelaboración de la obligación*⁵⁶⁷

Tras la 2GM, varios tratados internacionales contemplaron la inclusión de esta cláusula como herramienta de lucha contra la impunidad en relación a determinados crímenes internacionales de especial gravedad. El reconocimiento de los derechos humanos y el desarrollo de los derechos de seguridad jurídica en este marco hicieron ineludible la reformulación del principio, que reaparece en este momento de posguerra como un principio fundamentalmente convencional.

Así, el *aut dedere aut punire* se convirtió en *aut dedere aut judicare*. Mediante este pequeño cambio en su enunciado, se abría la puerta al reconocimiento de la presunción de inocencia y a todos los derechos de seguridad jurídica inherentes al propio concepto del “enjuiciamiento⁵⁶⁸”. La alternativa (obligatoria) a la extradición para el Estado en cuyo territorio se encontraba el presunto delincuente no era ya el castigo del mismo, sino simplemente su enjuiciamiento, que podía resultar tanto en una condena como en una absolución.

Curiosamente, la obligación de extraditar o juzgar aparece por primera vez en un tratado internacional de carácter predominantemente económico. Así, es el Convenio de Ginebra, de 20 de abril de 1929, para la Represión de la Falsificación de la Moneda el que incorpora por primera vez a un instrumento convencional, esta obligación alternativa en su artículo 8 en los siguientes términos:

la obligación de extraditar o juzgar. Así, Cassese estima que la presencia del acusado en el Estado que debe proceder a extraditarlo o a juzgarlo representa un vínculo territorial suficiente para superar la crítica del juez como “caballero errante del derecho”. Véase CASSESE, A., *International Criminal Law...op cit.*, p. 453.

⁵⁶⁷ Nótese que en este apartado, se toman los cambios que aparecen en los convenios internacionales como única fuente de la evolución de la cláusula. Sin embargo, el estudio de estos instrumentos se ha considerado aquí suficiente para ilustrar la dirección que está tomando su configuración en el ámbito de la regulación de los crímenes internacionales sin perjuicio de que el siguiente capítulo se aborde, exclusivamente en relación al crimen de lesa humanidad, el tratamiento e influencia del resto de las fuentes que han contribuido al desarrollo progresivo de este principio (tratados, resoluciones del CºS, legislación y jurisprudencia nacional e internacional). Se ha estimado adecuado ilustrar la evolución histórica desde su consolidada configuración convencional, en tanto que referirnos aquí a las fuentes de la costumbre habría adelantado la discusión desarrollada en el último capítulo.

⁵⁶⁸ Sin perjuicio de que la doctrina haya subrayado que el propio Grocio defendía ya la presunción de inocencia en su “*aut dedere aut punire*”, y que esto se podía deducir de una interpretación integral de su obra. Véase PLACHTA, M., “*Aut dedere aut judicare: an overview of modes of implementation and approaches*”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1999, vol. 6, núm. 4, p. 332.

“En los países que no admitan el principio de extradición de los nacionales, sus nacionales que hubieran regresado al territorio de su propio país, después de haber cometido en el extranjero los hechos previstos en el artículo 3, deberán ser castigados de la misma manera que si el hecho hubiese sido cometido en su territorio, y esto, aún en el caso de que el culpable hubiera adquirido su nacionalidad con posterioridad a la comisión de la infracción. Esta disposición no se aplicará si, en un caso semejante, la extradición de un extranjero no pudiere concederse⁵⁶⁹”.

Esta fórmula servirá de modelo para posteriores tratados internacionales que articulen la figura de la extradición. Se puede apreciar que en este instrumento, el tratamiento de los nacionales es distinto al de los extranjeros. En el caso de los primeros, el enjuiciamiento es obligatorio cuando, de acuerdo a la legislación interna, la extradición no ha lugar por la vigencia del principio de no extradición de nacionales⁵⁷⁰. En el caso de los segundos, sin embargo, la obligación de juzgar no se activa automáticamente por la denegación de la extradición y la posibilidad de enjuiciar a los extranjeros se condiciona a la existencia de un reconocimiento de la jurisdicción extraterritorial en la legislación interna del Estado en el que se encuentra el mismo. Así lo recoge el artículo 9, que insiste en la discrecionalidad soberana de los Estados (al menos en relación al tratamiento de los extranjeros que se encuentren en su territorio) como eje del sistema de cooperación penal para luchar contra la impunidad en el ámbito de este delito:

“Los extranjeros que hubieren cometido en el extranjero hechos de los previstos en el artículo 3, y que se encontraren en el territorio de un país cuya legislación interna admita, como regla general, el principio de perseguir las infracciones cometidas en el extranjero, deberán ser castigados de la misma manera que si el hecho hubiere sido cometido en el territorio de ese país. La obligación de perseguir las infracciones estará subordinada a la condición de que la extradición hubiere sido pedida y que el país a quien se pida tal extradición no pudiere entregar al culpable por motivos que no tenga conexión con la infracción de que se trate”.

A partir de los años 30, se puede apreciar una vuelta a una tendencia cuasigrociana en el Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas de 1936⁵⁷¹ y en el Convenio sobre Tráfico de Personas de 1950⁵⁷². En ambos

⁵⁶⁹ Convenio de Ginebra de 20 de abril de 1929 para la represión de la falsificación de la moneda. Disponible en <https://www.iberred.org/node/174>. Consultado el 30/10/2013.

⁵⁷⁰ Véase el capítulo I para una breve discusión sobre la existencia y transformación de un principio de no extradición de nacionales.

⁵⁷¹ Convenio para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas de 26 de junio de 1936, artículos 7 y 8. Disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_supre_trafi_ilici_drog_noci_gine.pdf Consultado el 25/04/2013.

⁵⁷² Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena y protocolo final de 2 de diciembre de 1949, artículo 9. Este instrumento articuló la referida obligación en idénticos términos con respecto a sus nacionales, pero especificó que este enunciado no sería de aplicación en relación a los no nacionales, respecto de los cuales no se presupone la competencia extraterritorial, ni para proceder a su enjuiciamiento ni a su

instrumentos, la alternativa a la extradición por la presunta comisión de los delitos que regulan no se formula en términos de enjuiciamiento sino en términos de “persecución y castigo⁵⁷³”. La discrecionalidad del Estado y el reconocimiento de la primacía de las leyes internas en materia de extradición y jurisdicción extraterritorial siguen presentes, con pequeñas modificaciones, fundamentalmente consistentes en la agrupación de las categorías de personas (nacionales y no nacionales) a las que se les puede aplicar la obligación alternativa en un solo artículo, en la Convención Única de 1961 sobre Estupefacentes⁵⁷⁴ y en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971⁵⁷⁵.

La obligación de extraditar o juzgar se articula también en algunos instrumentos internacionales como una obligación alternativa pero irrenunciable. Sucede así en los Convenios de Ginebra de 1949, reguladores del derecho internacional humanitario. El hecho de que en la construcción incluida en estos documentos no se haga referencia expresa al requisito de la presencia del acusado en el territorio de cualquiera de las Partes Contratantes, desata dudas acerca del carácter configurador del requisito territorial para la activación de la obligación de extraditar o juzgar, al menos en relación a los más graves crímenes internacionales⁵⁷⁶. A efectos de la presente investigación, en tanto que circunscrita a los crímenes de lesa humanidad, la fórmula escogida para reprimir las violaciones graves de los referidos convenios cobra especial relevancia ya que el contenido de los mismos (tipificación de los crímenes de guerra) es de los pocos comparables, en gravedad, al de los crímenes de lesa humanidad. Los 4 Convenios de Ginebra y su Protocolo Adicional recogen esta obligación alternativa en los siguientes términos:

extradición. Para una ordenada sistematización del contenido y alcance de la obligación en los instrumentos internacionales multilaterales, véase el Capítulo VI, “El principio como obligación convencional”.

⁵⁷³ Esta fórmula aparece también en el borrador del Convenio para la prevención y sanción del terrorismo de 16 de noviembre de 1937, primer instrumento internacional que intentó ofrecer un mecanismo para la represión de este crimen pero que no logró entrar en vigor por no lograr el número de ratificaciones necesarias.

⁵⁷⁴ La Convención Única de 1961 sobre estupefacentes, enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre estupefacentes, desarrolla esta obligación alternativa en su artículo 36 (2)(a)(iv) e incluye una referencia al *non bis in idem*: “Los referidos delitos graves cometidos en el extranjero, tanto por nacionales como por extranjeros, serán juzgados por la Parte en cuyo territorio se encuentre el delincuente, si no procede la extradición de conformidad con la ley de la Parte a la cual se la solicita, y si dicho delincuente no ha sido ya procesado y sentenciado”.

⁵⁷⁵ Convenio sobre sustancias sicotrópicas de 1971, artículo 22(2)(a)(iv).

⁵⁷⁶ De ser así, podríamos hablar de una versión reforzada de la obligación de extraditar o juzgar, a caballo entre la obligación clásica que requiere, para su activación, la presencia del acusado en el territorio del Estado y el principio de jurisdicción universal, que reconoce la competencia de cualquier Estado para el enjuiciamiento de las más graves violaciones de derecho internacional independientemente de su reconocimiento en instrumentos convencionales.

“Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes⁵⁷⁷”.

Unos años más tarde, el Convenio de la Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970, se aleja de la flexibilidad y reconocimiento de la discrecionalidad de la fórmula del Convenio para la Represión de la Falsificación de la moneda y recoge el contenido de esta obligación en términos mucho más rígidos. Acentúa el carácter imperativo del enjuiciamiento de no procederse a la extradición. El carácter irrenunciable de la obligación alternativa queda incorporado a través de la inclusión de la fórmula “sin excepción alguna”. También es necesario destacar que el tenor de esta construcción exige que el Estado en el que se encuentra el presunto delincuente, tome medidas para establecer su jurisdicción sobre el delito, si decide no proceder a la extradición del acusado.

La fórmula del Convenio de la Haya cristaliza una versión del *aut dedere aut judicare* que no podía estar más alejada, en términos de reconocimiento de derechos de seguridad jurídica, del *aut dedere aut punire* grociano. Quede mencionada aquí una de las características que corrobora lo afirmado: en lugar de requerir directamente el enjuiciamiento como alternativa a la extradición, si esta era denegada, la letra del Convenio alude al deber del Estado Contratante en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente a someter “el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”, de lo cual se puede inferir que la apertura de un proceso penal y la acusación formal no son imperativas, sino que dependen de la valoración de los órganos jurisdiccionales del Estado en cuyo territorio se halle el presunto delincuente⁵⁷⁸.

Salvando algunas excepciones⁵⁷⁹, se puede afirmar que la fórmula articulada en los artículos 4.2 y 7 del Convenio de la Haya⁵⁸⁰ ha sido tomada como el

⁵⁷⁷ Artículo 49 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña de 12 de agosto de 1949; artículo 50 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar de 12 de agosto de 1949; artículo 129 del Convenio de Ginebra relativo al trato dado a los prisioneros de guerra de 12 de agosto de 1949; artículo 146 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 12 de agosto de 1949 y el artículo 85 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra que reconoce que “Las disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves, completadas por la presente Sección, son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo”.

⁵⁷⁸ Que no es otra cosa que el cumplimiento del requisito procesal de constatar la existencia de indicios razonables para la apertura del procedimiento penal (o constatación de la existencia de un caso *prima facie*, en el sistema anglosajón).

⁵⁷⁹ La Convención contra el apartheid de 1973 se perfila en este contexto como la excepción que confirma la regla, en tanto que se limita a articular la obligación de los Estados Parte a “adoptar medidas legislativas, judiciales y administrativas para perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a las personas responsables o acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención, independientemente de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos o sean nacionales de ese Estado o de

modelo para los sucesivos convenios y tratados internacionales que se han redactado para luchar contra los crímenes internacionales⁵⁸¹, así como para los convenios penales regionales, desarrollados fundamentalmente a partir de los años 70. Todos ellos incluyeron de una u otra forma la obligación de extraditar o juzgar⁵⁸². La adopción de esta fórmula marcó un antes y un después en el derecho internacional. Tal y como afirma el magistrado Guillaume en su opinión particular en el caso de la Orden de Detención (R.D Congo c. Bélgica),

algún otro Estado o sean personas apátridas” (artículo IV.b). El artículo XI. 2 sin embargo parece contradecir lo anterior al afirmar que “Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen en tal caso a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes”. Ver también la configuración del *aut dedere aut judicare* en el artículo 7 de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973, que se basa en el Convenio Europeo sobre Extradición de 1957 (artículo 6.1.d). También recogen esta fórmula el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Extradición de 1933.

⁵⁸⁰ Artículo 4.2: “Asimismo, cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición, conforme al artículo 8, a los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo”; Artículo 7: “El Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio”. Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 16 de diciembre de 1970.

⁵⁸¹ Esta postura es sostenida también por Claire Mitchell, autora de la monografía más reciente sobre la obligación de extraditar o juzgar, que enumera los 15 instrumentos multilaterales en los que se ha incorporado esta fórmula de manera literal. MITCHELL, C., *Aut Dedere, Aut Judicare...op cit.*, Cap. 1. Sources of the “aut dedere aut judicare” obligation, párr. 8. Para llevar a cabo el anterior recorrido histórico de las distintas fórmulas del *aut dedere aut judicare* que han aparecido en los diversos instrumentos internacionales, se ha utilizado como modelo clasificatorio de referencia el utilizado por E. Wise y M.C. Bassiouni en *Aut dedere aut judicare..., op cit.*, pp. 11-19. Estos dos autores proponen un modelo de ordenación de los instrumentos internacionales a través del cual dividen en 4 grupos los convenios que desde 1929 han venido articulando, de diversas formas, la obligación de extraditar o juzgar: 1) El modelo de los tratados de extradición, dirigido a resolver el problema de impunidad derivado del principio de no entrega de nacionales. Ej. El Convenio Europeo de Extradición de 1957; 2) El modelo del Convenio para la Represión de la Falsificación de la Moneda de 1929, que reconoce la discrecionalidad del Estado para proceder al castigo del acusado cuando deniegue su extradición en función de su legislación sobre jurisdicción extraterritorial. Ej. El Convenio para la Represión de la Falsificación de la Moneda de 1929; 3) El modelo de los Convenios de Ginebra de 1949, que articulan una obligación alternativa pero imperativa; y 4) El modelo del Convenio de la Haya sobre el secuestro de aeronaves de 1970, que no condiciona la obligación del Estado parte de enjuiciar, en el caso de que deniegue la extradición, a la existencia de normas internas reguladoras de la jurisdicción extraterritorial. Ej. Convención contra la Tortura de 1984. Al margen de esta clasificación, estos autores ponen de manifiesto la existencia de un instrumento híbrido: la Convención de las Naciones Unidas de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Este instrumento utiliza el lenguaje del modelo del Convenio de la Haya pero se deduce de la interpretación conjunta de los artículos que la regulan que en el mismo, el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial sobre los no nacionales cuya extradición se deniegue, es flexible y no obligatoria para el Estado del territorio en el que se encuentre el presunto delincuente. Véase artículo 9 del referido Convenio.

⁵⁸² Claire Mitchell, que recoge en su anexo I una lista exhaustiva de los convenios penales regionales (18), subraya que no existe homogeneidad en las fórmulas escogidas por los distintos instrumentos para articular la obligación alternativa. MITCHELL, C., “*Aut Dedere Aut Judicare....*”, *op.cit.* Anexo I.

“(…) Desde ese momento, la obligación de juzgar dejó de estar condicionada a la concurrencia de jurisdicción, más bien, (a partir de este momento) la jurisdicción misma tuvo que ser establecida para posibilitar el enjuiciamiento⁵⁸³”.

5.2.2. Concepto. El carácter alternativo de la obligación de extraditar o juzgar

Se ha de comenzar este epígrafe con una pregunta: ¿Es la obligación de extraditar o juzgar una obligación alternativa? En la Enciclopedia Max Planck de Derecho Internacional Público de 2011, el profesor Michael Scharf ofrece una respuesta a la pregunta que encabeza este epígrafe:

“Bajo la fórmula *aut dedere aut judicare*, el Estado requerido tiene la posibilidad de elegir, puede optar por iniciar un procedimiento en lugar de extraditar cuando por ejemplo, tiene dudas acerca de la efectividad o la justicia de un posible enjuiciamiento en el Estado requirente⁵⁸⁴”.

En efecto, Scharf reconoce que la elección entre una y otra opción es discrecional para el Estado en el que se encuentre el presunto responsable del crimen. Sin embargo, la utilización de términos como “elección” no debe confundirnos, ya que de una atenta lectura del conjunto del precepto, se infiere que el enjuiciamiento se presenta como la segunda opción, en tanto que la posibilidad de recurrir al mismo parece activarse sólo cuando se sospeche que concurre alguna situación potencialmente vulneradora de los derechos de seguridad jurídica del acusado o se constate la existencia de indicios de ineficacia en los procesos desarrollados en el país en cuestión. Por otro lado, también se deduce de esta misma construcción, que la decisión de aplicar una u otra alternativa es, en sí misma, imperativa.

Abordar el estudio de esta cuestión con rigor requiere, ante todo, poner de manifiesto que las fórmulas recogidas en los distintos instrumentos convencionales, bilaterales, regionales y multilaterales presentan importantes variaciones, tal y como se ha esbozado en el apartado correspondiente a la evolución histórica de este principio ⁵⁸⁵. Es de justicia reconocer pues, la

⁵⁸³ TIJ, Opinión particular del Presidente Gilbert Guillaume, Orden de detención de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), I.C.J. Reports 2002, párr. 7. Traducción de la autora. Es interesante resaltar que esta solución fue adoptada a propuesta de España por 34 a favor votos a 17 en contra y 12 abstenciones. Véase el análisis de la Conferencia de adopción de la Convención realizado por este mismo magistrado en 1970. GUILLAUME, G., “La Convention de la Haye du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d’aéronefs”, *Annuaire français de droit international*, Vol. 16, 1970, p. 49.

⁵⁸⁴ SCHARF, M., “Aut dedere...”, *op. cit.*, párr. 1. Traducción de la autora.

⁵⁸⁵ En este sentido, el problema de la fragmentación del DI representa, sin lugar a dudas, una de las mayores amenazas a las que se enfrenta este sistema normativo en la actualidad, tal y como refleja el prolífico desarrollo doctrinal de los últimos años acerca de los desafíos de este fenómeno. Véase, por todos, KOSKENNIEMI, M., y LEINO, P., “Fragmentation of International Law? Postmodern anxieties” *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 553-579. La CDI también ha abordado esta cuestión mediante el nombramiento de un Relator Especial y la creación de un Grupo de Trabajo, que en 2006 publicó un Informe final que se divide en 42

dificultad de esgrimir aquí una propuesta de contenido de alcance universal, aplicable a todos los delitos respecto de los cuales se haya reconocido la vigencia de la obligación objeto de estudio.

Siendo consciente de ello, en este apartado, el objetivo perseguido no es otro que el de ofrecer todas las opciones interpretativas existentes tanto de los distintos componentes de la obligación por separado como de la obligación en sí misma a la luz de la interacción entre los elementos que la componen. Se trata de presentar el abanico completo de posibilidades de interpretación para después, a la luz de las características del ámbito sustantivo de esta investigación (el crimen de lesa humanidad), proponer una interpretación del alcance y contenido de la obligación de extraditar o juzgar adecuada al mismo. De esta manera, se alcanzaría uno de los objetivos de la presente obra: presentar una técnica metodológica mediante la cual identificar la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar en relación al crimen de lesa humanidad que, eventualmente pueda extenderse a otros crímenes internacionales⁵⁸⁶.

Comprender el significado de los elementos que componen una obligación internacional es fundamental para identificar su naturaleza jurídica⁵⁸⁷. Para responder a la pregunta del contenido y alcance de la obligación de extraditar o juzgar se atenderá principalmente a los resultados obtenidos por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas que, a través del Relator Especial y el Grupo de Trabajo creado específicamente para este tema, lleva desde el 2005 concentrada en dar respuestas a cuestiones como los fundamentos jurídicos de la obligación de extraditar o juzgar; el ámbito *ratione materiae* de la obligación de extraditar o juzgar; el contenido de la obligación de extraditar o juzgar; la relación entre la obligación de extraditar o juzgar y otros principios; las condiciones de nacimiento de la obligación de extraditar o juzgar; el modo de hacer efectiva la obligación de extraditar o juzgar y la relación entre la

conclusiones sobre el tema. CDI, “Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre la Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades que surgen de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, 2006. Disponible en http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.htm Consultado el 30/10/2013.

⁵⁸⁶ Se hace constar aquí que aunque en el plano del cumplimiento, también existe la opción de imponer el cumplimiento de las sentencias penales extranjeras en virtud del principio “*aut dedere aut persequi*”, esta cuestión no será abordada en este trabajo en tanto que se estima que pertenece a la segunda y necesaria fase a recorrer en la lucha contra la impunidad. El estudio de ambas fases excede el ámbito de esta investigación aunque se reconoce que la segunda fase, consistente en garantizar el cumplimiento de la condena impuesta, es tan importante como la primera, consistente en garantizar que el hecho delictivo sea enjuiciado, para la efectiva erradicación de la impunidad.

⁵⁸⁷ Una de las cuestiones semánticas de mayor trascendencia en este ámbito fue la decisión del Relator Especial, esbozada ya en el Informe Preliminar y reiterada en el Segundo y Tercer Informe, de optar por el término “obligación” en lugar del de “principio”, también propuesto. Entre las ventajas de la utilización del primer término sobre el segundo se destaca su mayor utilidad a los fines de la codificación y su mayor adecuación en tanto que con carácter general la obligación de *aut dedere aut judicare* se considera una regla secundaria y no primaria. Véase Comisión de Derecho Internacional, 59º período de sesiones, Segundo informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 11 de junio de 2007, Doc. A/CN. 4/585, párr 85; Comisión de Derecho Internacional, 60º período de sesiones, Tercer informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 10 de junio de 2008, Doc. A/CN. 4/603, párr. 35.

obligación de extraditar o juzgar y la entrega del supuesto infractor a un tribunal penal internacional competente⁵⁸⁸.

Los primeros pasos dados por la Comisión estuvieron dirigidos a poner de manifiesto la importancia de definir la naturaleza jurídica de cláusula alternativa, y pueden retrotraerse al momento del surgimiento mismo de las Naciones Unidas. Así, ya en su primer período de sesiones en 1949, la Comisión de Derecho Internacional incluyó la consideración de cuestiones que, de manera indirecta, contribuirían a definir este principio, en la lista de cuestiones a tratar⁵⁸⁹.

A pesar del temprano reconocimiento de la necesidad de colmar este vacío jurídico, los esfuerzos por hacerlo en la práctica no se hacen patentes hasta el año 2004, cuando el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión recomienda la inclusión de este tema en el programa de trabajo futuro de la Comisión y, con la vista puesta en la eventual codificación de esta materia, afirma que su “examen debería comenzarse tan pronto como fuera posible”⁵⁹⁰. A la luz de esta recomendación y sobre la base del informe de la Sexta Comisión⁵⁹¹, la Asamblea General aprueba la Resolución 59/41, que abre la puerta a la inclusión de este tema en el programa de trabajo futuro de la

⁵⁸⁸ Preguntas extraídas del marco general propuesto por el Grupo de Trabajo para el examen del tema por parte de la Comisión. Este marco general propuesto fue incluido por la Comisión en el informe de su 61º período de sesiones. Comisión de Derecho Internacional, Informe de su 61º período de sesiones (de 4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2008), Doc. A/64/10, cap. IX, secc. B.2.

⁵⁸⁹ Es preciso puntualizar que la alusión que la Comisión hace a la naturaleza jurídica de la obligación en este primer período de sesiones como cuestión a tratar es puramente indirecta. Así, algunos aspectos del contenido de la referida obligación pueden encuadrarse en el tema “Jurisdicción en relación a los crímenes cometidos fuera del territorio nacional”, que forma parte de la lista de 14 temas que la Comisión seleccionó en esta primera sesión para codificar. Conviene notar que temas como “las obligaciones de la jurisdicción territorial” o “la extradición” fueron cuestiones consideradas, aunque luego no incluidas en la referida lista, por la Comisión. Comisión de Derecho Internacional, Informe sobre su primer período de sesiones, 12 de abril de 1949, párrs 15 y 16. Disponible en http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_13_corr1-3.pdf. Consultado el 30/04/2013.

⁵⁹⁰ Recomendación del Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión, Doc. A/59/10, Anexo, La obligación de extraditar o juzgar (“*aut dedere aut judicare*”) en derecho internacional, Observaciones Preliminares por Zdzislaw Galicki, p. 355, párr. 32. Véase también la p. 351, párr. 20: “(...) parece que el tema de “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) en el derecho internacional” ha adquirido un grado de madurez suficiente para su codificación, con la posible inclusión de algunos elementos de desarrollo progresivo”. Se recuerda también en este documento que la obligación ha sido ya incluida por la Comisión en la lista de “posibles temas futuro” (Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1996, vol II., (Segunda parte), VII. Derecho penal internacional, pp. 149) Disponible en http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes%28s%29/ILC_1996_v2_p2_s.pdf. Consultado el 30/04/2013.

⁵⁹¹ Asamblea General, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 56º período de sesiones. Informe de la Sexta Comisión, relatora: Sra. Anna Sotaniemi (Finlandia), Doc. A/59/510 de 22 de noviembre de 2004. Disponible <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/No4/619/76/PDF/No461976.pdf?OpenElement>. Consultado el 30/04/2013.

Comisión⁵⁹², posibilidad que concreta dos años más tarde, en el 2006, a través de una nueva resolución⁵⁹³.

La decisión a la que se refiere la Asamblea General es la tomada por la Comisión en su 2865^o período de sesiones, el 4 de agosto de 2005, de incluir el tema en su programa de trabajo, para lo cual decidió nombrar Relator Especial del tema “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)” al Sr. Zdzislaw Galicki⁵⁹⁴.

El Relator Especial presentó cuatro informes consecutivos en los años 2006, 2007, 2008 y 2011. En el 2008 además, se creó un Grupo de Trabajo sobre este tema bajo la dirección de Alain Pellet⁵⁹⁵.

A través del estudio detallado de los mismos, que se completará con los comentarios de la CDI, la información y observaciones recibidas de los Gobiernos y los comentarios doctrinales, se intentará dar respuesta aquí a la primera de las dos grandes preguntas que nos ocupan: el contenido de la obligación⁵⁹⁶ y su naturaleza jurídica en relación con el crimen de lesa humanidad.

Conviene comenzar notando que ya en su Informe Preliminar de 2006 sobre esta cuestión, el Relator Especial puso de manifiesto algunos de los obstáculos a los que se enfrenta tanto la definición de la obligación de extraditar, como la de juzgar. La primera está condicionada por el contenido, el alcance y las

⁵⁹² Asamblea General, Resolución 59/41. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 56^o período de sesiones de 16 de diciembre de 2004, Doc. A/RES/59/41: “Recordando la necesidad de seguir examinando los temas de derecho internacional que, dado su interés nuevo o renovado para la comunidad internacional, puedan prestarse al desarrollo progresivo y a la codificación del derecho internacional y, por consiguiente, puedan incluirse en el programa de trabajo futuro de la Comisión de Derecho Internacional”. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/No4/478/75/PDF/No447875.pdf?OpenElement>. Consultado el 30/04/2013.

⁵⁹³ Asamblea General, Resolución 60/22. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 57^o período de sesiones de 6 de enero de 2006, Doc. A/RES/60/22: “La Asamblea General (...) 5. *Hace suya* la decisión de la Comisión de Derecho Internacional de incluir en su programa de trabajo el tema “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*).” (Cursivas originales). Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/No5/488/89/PDF/No548889.pdf?OpenElement>. Consultado el 30/04/2013.

⁵⁹⁴ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 57^o período de sesiones (2 de mayo a 3 de junio y 11 de julio a 5 de agosto de 2005), Doc. A/60/10, párr. 500. Disponible en <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2005/2005report.htm> consultado el 30/04/2013.

⁵⁹⁵ Comisión de Derecho Internacional, Resumen de la reunión 2865, Doc. A/CN.4/SR.2988 de 18 de septiembre de 2008. Disponible en http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_sr2988.pdf. Consultado el 2/05/2013.

⁵⁹⁶ El trabajo de la CDI sobre esta cuestión realizado a través del Relator Especial y del Grupo de Trabajo representa una de las fuentes fundamentales de esta monografía. Por este motivo conviene aclarar aquí que, sin perjuicio de que posteriormente sea retomado el análisis de estos documentos, a los efectos de este apartado se abordará exclusivamente la contribución de los mismos a la definición del significado de los elementos de la obligación. Esta decisión de fragmentación en el análisis se deriva de la complejidad implícita al estudio de un principio y las dificultades probatorias inherentes a la tarea de determinar su naturaleza jurídica.

limitaciones de la propia figura clásica de extradición, y la segunda encuentra en las características del modelo doméstico de enjuiciamiento, dificultades que hacen que la traslación de estas figuras del ámbito de las faltas y delitos domésticos a los más graves delitos internacionales resulte inadecuada:

“Las graves carencias del sistema de extradición y asistencia judicial recíproca en vigor provienen, en gran medida, de los anticuados tratados bilaterales de extradición y asistencia judicial recíproca. Existen muchos motivos de denegación que no corresponde aplicar a los delitos de derecho internacional, pero también hay importantes salvaguardias que a menudo no existen en relación con la extradición de personas a países donde se enfrentarían a juicios parciales, torturas o la pena de muerte. Por otra parte, existen también numerosos obstáculos para que resulten eficaces unos sistemas de enjuiciamiento que no son apropiados para esos delitos, entre ellos las normas relativas a la prescripción, las inmunidades y las prohibiciones de enjuiciamiento penal retroactivo de las conductas que no eran delictivas conforme al derecho internacional cuando se produjeron⁵⁹⁷”.

En cualquier caso, existe ya material suficiente para proponer, al menos, algunas definiciones. Particular importancia revestirá el estudio de junio de 2010, elaborado por la Secretaría de la Comisión de Derecho Internacional, cuya sección III propone conclusiones generales extraídas del análisis de 61 instrumentos multilaterales, en relación a las cuestiones que serán tratadas en los próximos apartados: la relación entre la extradición y el enjuiciamiento, las condiciones aplicables a la extradición en las distintas convenciones y las condiciones aplicables al enjuiciamiento en las diversas convenciones⁵⁹⁸.

Obligación de extraditar⁵⁹⁹

⁵⁹⁷ Comisión de Derecho Internacional, “Informe Preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)”, presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial. Doc. A/CN.4/571 de 7 de junio de 2006, párr. 14.

⁵⁹⁸ Comisión de Derecho Internacional, Examen de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)”, 62º período de sesiones, 18 de junio 2010, Doc. A/CN.4/630. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/412/80/PDF/N1041280.pdf?OpenElement>. Consultado el 21/05/2013.

⁵⁹⁹ En el marco de esta investigación, la obligación de extraditar como componente de la obligación jurídica *aut dedere aut judicare*, se va a entender referida exclusivamente al proceso de extradición para enjuiciamiento, excluyéndose así las extradiciones o entregas para el cumplimiento de penas ya impuestas. Esto responde a la necesidad de acotar el marco de análisis también en su vertiente temporal (la actuación jurisdiccional de los tribunales nacionales desde el momento de la comisión del crimen internacional hasta la apertura de un procedimiento de investigación y enjuiciamiento). El enfoque de este trabajo de investigación está indudablemente dirigido a la erradicación de la impunidad pero se entiende que la contribución principal que puede hacer la definición de la naturaleza jurídica del *aut dedere aut judicare* se enmarca en el ámbito de la obtención efectiva de una investigación y un enjuiciamiento del caso. No cabe duda de que los problemas de cumplimiento de condenas dictadas afectan a la efectividad que en última instancia tendrá esta herramienta, pero representa un problema posterior, más encuadrable en las limitaciones de la cooperación policial que en el de los riesgos de impunidad por incertidumbre jurisdiccional.

Mediante el análisis de la evolución convencional del *aut dedere aut judicare* se ha podido constatar que no existe un único modelo de interacción entre ambas figuras que ofrezca unas directrices claras sobre los principios de preferencia o de igualdad que deben guiar las relaciones entre ambas.

La figura de la extradición, su evolución y los derechos y garantías inherentes a la misma han sido ya abordados en el segundo capítulo, por lo que, para evitar repetición, este apartado se centrará exclusivamente en analizar la obligación de extraditar como parte del *aut dedere aut judicare*.

Por lo general, la obligación de extraditar derivada de acuerdos bilaterales de extradición para todo tipo de delitos entre Estados (a partir de un estándar mínimo de gravedad) encuentra ciertos límites a su ejecución. Tradicionalmente, estos límites o excepciones clásicas a la extradición han venido siendo: la no extradición de nacionales, los derechos humanos y la no extradición por delitos políticos. Sin embargo, este régimen general presenta excepciones en relación a los más graves crímenes internacionales, respecto a los cuales los Estados han evitado formular reservas a tratados multilaterales que reconocieran la mencionada obligación⁶⁰⁰. Por consiguiente, de lo anterior cabe deducir que la única limitación que existe al cumplimiento de la obligación de extraditar en el ámbito de los más graves crímenes internacionales que aquí nos ocupan es el respeto a los derechos humanos, en concreto, aquellos que se pueden ver amenazados por la extradición de un sospechoso de un delito a un determinado Estado o siguiendo un determinado procedimiento⁶⁰¹.

Una vez constatado el papel clave que juega en la construcción de esta obligación el respeto de los derechos fundamentales, es necesario abordar otros aspectos que contribuyen a dotar a esta figura de contenido: la jerarquía entre ambas opciones, el momento de la activación de la obligación de extraditar y el requisito de la presencia del acusado en el territorio.

Con anterioridad a la CDI, se habían realizado algunos esfuerzos tendentes a dotar de contenido a esta cláusula en los foros internacionales que quedaron reflejados en varios de los documentos que nacieron en este contexto.

Entre ellos, cabe destacar el Proyecto de Código de Crímenes de 1996, cuyo artículo 10 abordaría la regulación de la obligación de extraditar. Se trata de un artículo que favorece el ejercicio de la extradición. En concreto, es una disposición de remisión, en el sentido de que ofrece a los Estados un instrumento que les sirva de base jurídica para llevar a cabo la extradición en los casos en los que no exista tratado de extradición, o que no exista respecto de los más graves crímenes internacionales siempre y cuando los Estados en cuestión condicionen la extradición a la existencia del tratado mismo. Este artículo ofrece incluso la base jurídica para que los Estados superen ciertas limitaciones

⁶⁰⁰ Comisión de Derecho Internacional, 59º período de sesiones, Segundo informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzisław Galicki, Relator Especial, 11 de junio de 2007, Doc. A/CN. 4/585, párr. 38.

⁶⁰¹ Para los riesgos derivados de procesos de extradición no oficiales, véase el Capítulo III.

impuestas por su legislación interna y accedan a la extradición incluso a favor de Estados en los que el crimen no se hubiera cometido⁶⁰².

En cuanto a la relación de jerarquía o igualdad entre ambas opciones, el comentario al artículo 8 del proyecto de código de crímenes contra la humanidad parece interpretar la obligación de extraditar como subsidiaria a la de juzgar:

“La disposición tiene por objeto velar por que el Estado de detención pueda cumplir su obligación de conceder la extradición o de juzgar mediante la elección de la segunda posibilidad con respecto al presunto criminal⁶⁰³”.

Sin embargo, más adelante, el comentario al artículo 9, que regula específicamente la obligación de extraditar o juzgar, deja esta interpretación sin efecto al pronunciarse sobre la jerarquía entre ambas alternativas de forma rotunda:

“El artículo 9 no da prioridad a ninguna de esas dos formas de actuar alternativas. El Estado de detención puede decidir discrecionalmente si trasladar a la persona a otra jurisdicción para que sea juzgada, en respuesta a una solicitud de extradición recibida, o juzgar al supuesto delincuente en sus tribunales nacionales. Puede cumplir la obligación que le impone la primera alternativa accediendo a la solicitud de extradición recibida y, en consecuencia, trasladando al Estado solicitante la responsabilidad de juzgar el asunto. Sin embargo, no está obligado a acceder a esa solicitud si prefiere confiar a sus propias autoridades el enjuiciamiento⁶⁰⁴”.

Es más, en este mismo párrafo, se afirma que el Estado que recibe una pluralidad de solicitudes de extradición no está vinculado por ningún criterio preestablecido (como pudiera ser la jurisdicción preferente del Estado del territorio donde se hubiera cometido el crimen) a la hora de decidir la concesión de la extradición⁶⁰⁵.

⁶⁰² Anuario de la Comisión del Derecho Internacional, 1996, Col. II, segunda parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones, Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1(parte 2), Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996, comentario del artículo 10.4: “A los efectos de la extradición entre Estados Partes, se considerará que esos delitos se han cometido no solamente en el lugar donde se perpetraron, sino también en el territorio de cualquier otro Estado Parte”. La explicación de su funcionamiento viene cuidadosamente detallada, unos párrafos más abajo, en el comentario a este artículo.

⁶⁰³ Anuario de la Comisión del Derecho Internacional, 1996, Col. II, segunda parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones, Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1(parte 2), Proyecto de Código de Crímenes de 1996, comentario del artículo 8, párr. 6.

⁶⁰⁴ Anuario de la Comisión del Derecho Internacional, 1996, Col. II, segunda parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones, Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1(parte 2), Proyecto de Código de Crímenes de 1996, comentario del artículo 9, párr. 6.

⁶⁰⁵ *Id.*

La CDI por su parte, en el referido estudio de 2010, clasifica las posibles relaciones entre la extradición y el enjuiciamiento en dos grupos: a) cláusulas que imponen la obligación de juzgar *ipso facto* cuando el presunto delincuente se halle en el territorio del Estado, de la que puede liberarse concediendo la extradición; y b) cláusulas en virtud de las cuales la obligación de juzgar solamente es aplicable cuando se deniega la entrega del presunto delincuente tras una solicitud de extradición⁶⁰⁶. Sin embargo, una parte de la doctrina aboga por dejar de lado este interrogante y defiende que la preferencia entre una u otra opción debe depender de cada caso concreto⁶⁰⁷.

En cuanto al momento de la activación, en el primer caso, la obligación de juzgar surge tan pronto como se determina la presencia del presunto delincuente en el territorio del Estado de que se trate. Con lo cual, se confirma la naturaleza territorial del elemento activador de la obligación alternativa⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ La doctrina también está dividida entre estas dos interpretaciones del sentido de la cláusula. Entre los que consideran que la obligación de juzgar nace *ipso facto* en el momento en que se descubre la presencia del presunto autor en el territorio, pudiendo ser sustituida por la extradición a un Estado con jurisdicción sobre el caso cabe citar a VAN STEENBERGHE, R., "The obligation to extradite or prosecute. Clarifying its nature", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, pp. 1089-1116, p. 1103.; entre los que creen que la obligación de juzgar solo surge cuando se deniega la solicitud de extradición se encuentra el profesor Remiro Brotons, que afirma que "(...) si no hay petición de extradición (o si se deniega a un solicitante cuya competencia no es según el mismo tratado obligatoria) no hay obligación de juzgar". REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional...op cit.*, p. 1255. Otra parte de la doctrina niega que se pueda constatar la existencia de una relación cerrada entre ambas opciones. Véase BASSIOUNI, M.C., "The Duty to Prosecute and/or Extradite: *Aut Dedere Aut Judicare*", en *II International Criminal Law*, BASSIOUNI, M.C., Ed- 3d ed. 2008, pp. 41-42.

⁶⁰⁷ PLACHTA, M., "(Non)-Extradition of Nationals...op cit.", p. 133. El mismo autor propone en otro artículo una lista de factores a considerar a la hora de decidir qué opción hacer prevalecer en cada caso concreto. La lista, tomada de una sentencia canadiense (Swystun v. United States of America (1988), 40 C.C.C. (3d) 222, 227-228 (Man. Q.B.) enumera los siguientes criterios: "where was the impact of the offence felt or likely to have been felt; which jurisdiction has the greatest interest in prosecuting the offence; which police force played the major role in the development of the case; which jurisdiction has aid charges; which jurisdiction has the most comprehensive case; which jurisdiction is ready to proceed to trial; where is the evidence located; whether the evidence is mobile; the number of accused involved and whether they can be gathered together in one place for trial; in what jurisdiction were most of the acts in furtherance of the crime committed; the nationality and residence of the accused; and the severity of the sentence the accused is likely to receive in each jurisdiction", a los que el autor añade la necesidad de comprobar que el enjuiciamiento sería igualmente efectivo en el Estado requerido a la luz de su legislación interna y de los instrumentos internacionales para la cooperación penal. PLACHTA, M., "*Aut dedere aut judicare*: an overview of modes of implementation...op cit.", p. 338. Esta es la idea que subyace también a la Propuesta de Convención sobre Crímenes de Lesa Humanidad (artículo 9). Para un análisis más detallado sobre esta cuestión véase el Capítulo VI.

⁶⁰⁸ La cuestión de la necesidad de que el acusado se halle en el territorio del Estado como condición previa para la aplicación de la obligación jurídica de extraditar o juzgar sigue siendo un debate abierto tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial. Ejemplos de defensa del carácter obligatorio de la presencia del acusado en el territorio para poder establecer la jurisdicción en base al *aut dedere aut judicare* se pueden encontrar en la Opinión Separada conjunta de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en el caso relativo a la Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica): "Los grandes tratados sobre los delitos en el ámbito aéreo, secuestros (de aeronaves), estupefacientes y tortura se basan en el concepto de *aut dedere aut prosequi*. Por definición, esto implica la presencia en el territorio. No puede existir la obligación de extraditar a alguien a quien se decide no juzgar a menos que dicha persona esté al alcance. La legislación nacional, promulgada para

En cuanto al segundo caso, parecería lógico deducir de lo expuesto que la obligación de extraditar se activaría aquí con la recepción de la solicitud de extradición, creándose así un vacío jurídico, que, para ser resuelto dependería de que un Estado con competencia para ello solicitara la extradición del sospechoso para llevar a cabo el enjuiciamiento. Las razones por las que se puede considerar que al condicionar la activación de la obligación de extraditar o juzgar a la existencia de una solicitud de extradición, se minaría el fundamento mismo de esta cláusula, han sido desarrollados con magnífica claridad por la CDI en su comentario al artículo 8 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad:

“Si no existe tal competencia (refiriéndose a la competencia de los tribunales del Estado de detención respecto de los más graves crímenes internacionales), el Estado de detención se verá obligado a aceptar toda solicitud de extradición que reciba, lo cual sería contrario al carácter facultativo de esta obligación -conceder la extradición o juzgar- en virtud de la cual el Estado de detención no tiene una obligación absoluta de atender una solicitud de extradición. Es más, en tal situación el presunto delincuente se libraría de todo procesamiento si el Estado no recibiese ninguna solicitud de extradición, lo cual socavaría gravemente la finalidad básica del principio *aut dedere aut judicare*, a saber, garantizar el enjuiciamiento y el castigo de los delincuentes al establecer la jurisdicción subsidiaria del Estado de detención⁶⁰⁹”.

dar efecto a estos tratados, también puede mencionar, naturalmente la necesidad de la presencia del acusado. Estas evidencias razonables son esenciales para el ejercicio obligatorio de la competencia *aut dedere aut prosequi*” (I.C.J. Reports 2002, pág. 80, párr. 57) y en la declaración del Juez Ranjeva, en la que va más allá y no solo requiere la presencia del acusado sino que el mismo haya ya sido detenido para que la obligación jurídica alternativa se active. Declaración del juez Ranjeva, Orden de detención de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), I.C.J. Reports 2002 párr. 7: “It is to be noted that application of the principle *aut judicare aut dedere* is conditional for the alleged offender having first being arrested”. Véase también GUILLAUME, G., “Terrorisme et droit international”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 215, 1990, pp. 368-369. A pesar de que la interpretación de esta cuestión en el ámbito convencional será analizada en profundidad en el siguiente capítulo, quede aquí anotado el interesante reconocimiento histórico del requerimiento de la presencia del acusado en el territorio para el ejercicio de la jurisdicción por parte de un Estado incluido en el Draft Convention on Jurisdiction with respect to Crime de 1935. El artículo 10, que lleva por título “universality” afirma que: “A State has jurisdiction with respect to any crime committed outside its territory by an alien (...) (a) When committed in a place not subject to its authority but subject to the authority of another State, if the act or omission which constitutes the crime is also an offence by the law of the place where it was committed, if surrender of the alien for prosecution has been offered to such other State or States and the offer remains unaccepted (...)”. En sentido contrario y referido al contenido de la obligación articulada en los Convenios de Ginebra, véase HENZELIN, M., *Le principe de l'universalité en droit penal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et de juger selon le principe de l'universalité*, Basilea/Ginebra/Munich/Bruselas, Helbing & Lichtenhahn/Faculté de droit de Genève/Bruylant, 2000, p. 354. Debe subrayarse que algunos de los autores que sostienen que no es necesaria la presencia del acusado en el territorio para que se active la obligación confunde el principio de jurisdicción universal con la obligación alternativa, en tanto que como se ha sostenido, la presencia del acusado en el territorio es el elemento diferenciador y configurador del *aut dedere aut judicare*.

⁶⁰⁹ Anuario de la Comisión del Derecho Internacional, 1996, Col. II, segunda parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones, Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1(parte 2), Proyecto de Código de Crímenes de 1996, comentario del artículo 8, párr. 6.

Sin perjuicio de la existencia de razones en virtud de las cuales la extradición puede perfilarse como la alternativa más lógica en determinados casos (por ejemplo, cuando es el Estado del lugar en el que han acaecido los hechos el que solicita la extradición, el *loci delicti*⁶¹⁰), el gran número de variables que en cada caso hacen que resulte más adecuado optar por una u otra alternativa y la inexistencia de un consenso internacional acerca de la jerarquía entre ambas opciones, nos lleva a concluir que, al menos en lo que respecta a los más graves crímenes internacionales, la posición más lógica para enfrentar esta cuestión es la esbozada por Michael Plachta, que invita a tomar la decisión sobre si extraditar o juzgar en función del caso concreto⁶¹¹.

Obligación de juzgar

Pongamos que el Estado (siguiendo el método presentado y por ende, tras discusiones con los Estados involucrados y diferentes valoraciones de razonabilidad e idoneidad) opta por enjuiciar al presunto autor del crimen en su territorio, denegando la extradición en base a la posibilidad de juzgarlo que le ofrece la obligación alternativa.

En este caso, hay preguntas a las que resulta absolutamente necesario responder: ¿cuál es el alcance de la obligación de juzgar? ¿Cuándo se entiende que la misma ha sido cumplida? ¿Es preciso recorrer todas las fases del proceso judicial (apertura del procedimiento, investigación, juicio oral y sentencia) o basta con “adoptar medidas para el enjuiciamiento” sin que ello implique un compromiso de llevar el mismo hasta el final⁶¹²? ¿Cumplida la obligación de juzgar, queda el Estado eximido de la obligación de extraditar⁶¹³? ¿Sobre qué

⁶¹⁰ Entre las razones que pueden esgrimirse en defensa del reconocimiento de la primacía de la obligación de extraditar cuando es el Estado en el que se ha cometido el crimen el que solicita la extradición pueden citarse las siguientes: este Estado tiene un mayor interés en el enjuiciamiento precisamente por la conexión territorial que tiene con el crimen; las razones probatorias hacen que el *forum delicti commissi* sea con frecuencia el lugar más adecuado para llevar a cabo el enjuiciamiento; y en tercer lugar, la instrucción de un proceso en el lugar de detención del sospechoso (*forum deprehensionis*) puede resultar inefectivo e injusto, especialmente en el ámbito de los crímenes que nos ocupan, en tanto que normalmente, los sospechosos se habrán movido en busca de “paraísos de impunidad”.

⁶¹¹ Siendo el compromiso con la erradicación de la impunidad y la cooperación penal internacional los principios que rijan esta toma de decisión. Evidentemente, se puede argumentar que optar por esta alternativa “abierta” entraña ciertas amenazas al respeto del principio de legalidad, en tanto que se hace depender la decisión de acuerdos entre los Estados involucrados, cuyas discusiones deben estar guiadas por la razonabilidad y eficiencia y por valoraciones más o menos subjetivas para responder a las preguntas previamente enumeradas. Esta es también la idea que ha inspirado la formulación del *aut dedere aut judicare* en el proyecto de Convenio para la Prevención y Sanción del Crimen de Lesa Humanidad, instrumento que se analizará en profundidad en el capítulo VI.

⁶¹² Entre los defensores de esta articulación flexible de la obligación alternativa podemos encontrar a BASSIOUNI, M.C. y WISE, E.M., *Aut Dedere Aut Judicare...op cit.*, pp. 4-5 y a LARSAEUS, N., “The Relationship between Safeguarding Internal...op cit.”, 79.

⁶¹³ En relación a esta cuestión, el Relator Especial, en el Informe Preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar se refiere a la posibilidad de que el Estado quiera cumplir ambas partes de la obligación: “Así por ejemplo, una vez que ha ejercido su jurisdicción y ha procesado, sometido a juicio y sentenciado al infractor, el Estado puede decidir extraditarlo (o entregarlo) a otro Estado también facultado a ejercer su jurisdicción, a los efectos de ejecutar el

órgano recae la obligación de juzgar, sobre el Fiscal o Juez de instrucción? ¿Es posible ofrecer directrices consensuadas para homogeneizar la respuesta a esta pregunta manteniendo la necesaria objetividad inherente a la independencia judicial? Son todas preguntas de gran trascendencia porque, más allá de contribuir a descifrar la naturaleza jurídica de esta obligación alternativa, intentan descubrir el significado exacto de la misma. A todas ellas se intentará responder, al menos en lo que concierne al crimen de lesa humanidad, a lo largo de los capítulos VII y VIII, mediante el análisis de la práctica de los Estados y de la configuración convencional de la obligación jurídica⁶¹⁴.

Para un primer acercamiento al concepto de “juzgar”, se partirá de las pistas que nos proporcionan los comentarios a los artículos del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996. En este documento, la CDI ofrece respuestas a algunas de las dudas más importantes planteadas en torno al alcance de esta obligación, tales como el momento de su activación (la CDI se pronuncia en términos contradictorios en relación a esta cuestión aunque se adoptará la interpretación más respetuosa con el fin mismo de la obligación) o los criterios que han de guiar la decisión sobre qué medidas debe adoptar el Estado para cumplir con la obligación de juzgar (“medidas necesarias y razonables para detener al presunto delincuente y asegurar su inculpación y enjuiciamiento por una jurisdicción competente⁶¹⁵”).

En cuanto a la primera cuestión, el momento de la activación de la obligación, la propuesta ofrecida por la CDI en este comentario al artículo 9 resulta, a primera vista, contradictoria. Si por un lado afirma que la obligación se activa cuando “el Estado haya detenido a la persona que presuntamente hubiera cometido el crimen”, por otro, asegura que el Estado “tiene la obligación de

fallo”. Sin embargo, no se trata realmente de cumplir con ambas partes en tanto que la extradición se lleva a cabo para el cumplimiento de la pena una vez que el enjuiciamiento ha tenido lugar. Se trata de una entrega para la ejecución de la pena impuesta por lo que debe ser claramente diferenciada de la obligación alternativa de extraditar o juzgar cuyo fin es procurar el enjuiciamiento. Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones, Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 7 de junio de 2006, Doc. A/CN. 4/571, párr. 49.

⁶¹⁴ En la doctrina también podemos encontrar desarrollos teóricos que nos pueden ayudar a dotar de contenido a la obligación de juzgar. Así, el estudio realizado por el profesor Olásolo en torno a la admisibilidad de una situación o caso por la CPI, o en otras palabras, cuando se considera que el Estado no ha cumplido con su obligación de juzgar y por ende se activa la jurisdicción de la CPI, resulta de gran utilidad. OLÁSOLO, H., “Reflexiones sobre el principio de complementariedad en el Estatuto de Roma”, *Revista española de derecho militar*, vol. 82, julio-dic 2003, pp. 47-77, pp. 71-76

⁶¹⁵ Anuario de la Comisión del Derecho Internacional, 1996, Col. II, segunda parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su cuadragésimo octavo período de sesiones, Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1(parte 2), Proyecto de Código de Crímenes de 1996, comentario del artículo 9, párr. 3. Se puntualiza también en este párrafo, que la concurrencia de lo que generalmente llamamos “sospechas fundadas” es requisito necesario para que la detención sea legítima, lo cual no es más que una remisión al marco jurídico de protección del estándar internacional de los derechos humanos que debe guiar cualquier documento aprobado en el seno de las Naciones Unidas. En referencia a la frase “la persona que presuntamente hubiere cometido el crimen”, se afirma que “Esta frase se utiliza para referirse a una persona a la que se señala no sobre la base de alegaciones no probadas, sino de informaciones de hecho pertinentes”.

adoptar las medidas necesarias y razonables para detener al presunto delincuente y asegurar su inculpación y enjuiciamiento por una jurisdicción competente”.

El primer enunciado no resulta satisfactorio a la luz del objetivo global que subyace a la obligación misma: la erradicación de la impunidad. Condicionar la activación de la obligación de juzgar a la detención del presunto delincuente es un sin sentido ya que anularía la capacidad de actuación de las fuerzas de orden público en la fase más importante: la de la persecución y detención para posibilitar la comparecencia en un juicio. Sin embargo, de una interpretación conjunta de los comentarios a los artículos 8 y 9, teniendo en cuenta que el fin último de esta obligación alternativa es el de asegurar la efectiva detención y posterior enjuiciamiento, bien en el lugar donde se halle el presunto delincuente, bien en el territorio de otro Estado que solicite su extradición y tenga competencia para juzgarle, se puede inferir que la obligación queda activada en el momento en que se tiene conocimiento de la presencia del presunto sospechoso en el territorio del Estado⁶¹⁶. De hecho, del comentario al artículo 9 se desprende incluso que la Comisión considera que los crímenes de derecho internacional (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado), están sujetos al principio de jurisdicción universal.

La delimitación del contenido de la obligación de juzgar evidentemente habrá de hacerse en el marco procesal que dibujan los derechos de seguridad jurídica abordados en el capítulo I, pero conviene adelantar aquí que no existe consenso entre los Estados sobre una formulación para referirse a esta obligación. Esto se refleja en su articulación como “obligación de someter el asunto a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”, en contraposición con la obligación de juzgar. La CDI ofreció una explicación soberanista a esta cuestión tras examinar el Informe Preliminar del Relator Especial para la obligación de extraditar o juzgar. Así, en la crónica del 58º período de sesiones, en la que se debatió el Primer Informe, que se incluye en el Segundo Informe presentado por el Relator, puede leerse lo siguiente:

“Se recordó que los Gobiernos solían resistirse a aceptar una obligación de “juzgar”, ya que la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal era un principio fundamental de sus procedimientos penales internos⁶¹⁷”.

La sección del Segundo Informe del Relator Especial de 2007, que se ocupa de analizar el “Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo primer período de sesiones⁶¹⁸”, y que a falta de los Informes solicitados a los Estados sobre la

⁶¹⁶ Aún así, quizás habría sido más conveniente articular la obligación de juzgar siguiendo el modelo de los Convenios de Ginebra, que prevén expresamente “la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves” (Convenio de Ginebra I, art. 49; Convenio de Ginebra II, at. 50; Convenio de Ginebra III, art. 129 y Convenio de Ginebra IV, art. 146).

⁶¹⁷ Comisión de Derecho Internacional, 59º período de sesiones, Segundo informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzisław Galicki, Relator Especial, 11 de junio de 2007, Doc. A/CN. 4/585, párr. 11.

⁶¹⁸ Doc A/CN.4/577.

obligación de extraditar o juzgar, resulta un instrumento muy útil de cara a identificar la posición de los Estados, expresada a través de sus delegaciones en la Sexta Comisión, menciona la necesidad de “determinar qué Estados habrían de tener prioridad para ejercitar la jurisdicción. A ese respecto, se sugirió que se diese preferencia al Estado en cuyo territorio se hubiese cometido el delito y que la jurisdicción prioritaria entrañase una obligación de ejercitarla y pedir la extradición a ese efecto⁶¹⁹”.

Se han analizado ya las ventajas que, frente a la CPI, presentan la investigación y enjuiciamiento de un crimen internacional por parte de un tribunal doméstico. Del principio de complementariedad que rige la actuación de la CPI se infiere que la concurrencia de competencia entre el juez universal (CPI) y otros jueces estatales competentes debe saldarse con el reconocimiento de la prioridad de los segundos por ser considerados los “jueces naturales” en virtud de la conexión territorial o de personalidad que tienen con los hechos, los autores o las víctimas.

En este orden de cosas, es ineludible analizar el efecto que la concurrencia de distintas jurisdicciones puede tener sobre la configuración de la obligación de extraditar o juzgar. Así, atendiendo al orden jerárquico establecido para clasificar los distintos títulos jurisdiccionales habilitantes, la obligación alternativa dejará de serlo para reconocer la preferencia de una de las dos opciones que la configuran en cada caso⁶²⁰. Por ejemplo, en el caso de concurrencia del título de representación de derecho penal supletorio (basado en la presencia del acusado en el territorio) y el título habilitante de la territorialidad (basado en la conexión que tiene con los hechos el juez del lugar donde se cometieron los crímenes), la obligación de extraditar o juzgar evidentemente se convierte en obligación de extraditar, siempre que se haya solicitado la extradición por parte del Estado del juez natural. La razón es la jurisdicción preferente que tiene este último sobre el juez del lugar donde se encuentre el acusado (*iudex apprehensionis*).

En el siguiente cuadro se intentará exponer, mediante el recurso a varios ejemplos, el modo en que la concurrencia de la competencia fundada en distintos títulos de habilitación jurisdiccional puede determinar el contenido y el alcance de la obligación de extraditar o juzgar, condicionando, en última instancia, su configuración.

Supuesto A: El acusado X es detenido en el Estado Y por haber cometido crímenes de lesa humanidad en el Estado Z. Si un tercer Estado V solicita su extradición en base al título habilitante de la personalidad pasiva (o activa), ¿el

⁶¹⁹ Comisión de Derecho Internacional, 59º período de sesiones, Segundo informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzisław Galicki, Relator Especial, 11 de junio de 2007, Doc. A/CN. 4/585, párr. 30.

⁶²⁰ Tal y como afirma el Profesor Remiro Brotons, realmente no es una ordenación jerárquica sino un criterio de razonabilidad procesal y político-criminal lo que favorece la prioridad del *iudex loci delicti commissi*, (REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional...op cit*, pp. 1263). Sin embargo, se mantendrá la utilización del término jerarquía para hacer referencia a la preferencia de la que gozan algunos principios jurisdiccionales sobre otros, lo cual tiene un efecto sobre la configuración de la obligación de extraditar o juzgar.

Estado Y puede optar por juzgar el caso en lugar de extraditarlo o debe extraditarlo siempre que se solicite, si concurre un título como el descrito? Según Remiro Brotons, que articula la obligación de juzgar (en virtud de la cual es el *iudex apprehensionis* el que aplica la jurisdicción) como residual, si existe cualquier otra solicitud de extradición por parte de un Estado con un interés, se debe proceder a la extradición: “La regla *aut dedere...* parte de la premisa del interés de un Estado conectado con el crimen, por ser el lugar de comisión de los hechos, o de la nacionalidad o residencia de los sujetos implicados, o por un interés específico de protección y defensa, de perseguir a individuos que localiza en el territorio de otro Estado, al que solicita la extradición¹”.

Supuesto B: El acusado X es detenido en el Estado Y por haber cometido crímenes de lesa humanidad en el Estado Z. El Estado Z solicita su extradición para enjuiciarlo. En este caso, la preferencia de la jurisdicción territorial transforma la obligación alternativa de extraditar o juzgar en obligación de extraditar.

Supuesto C: El acusado X es detenido en el Estado Y por haber cometido crímenes de lesa humanidad en el Estado Z. Seguidamente tres Estados solicitan su extradición, cada uno tiene un vínculo distinto con el caso. ¿Cómo operaría la obligación de extraditar o juzgar aquí?

La preferencia de la que goza la jurisdicción territorial sobre otros títulos habilitantes de la competencia, por la mayor accesibilidad a la prueba en el lugar donde se han cometido los hechos, podría describirse casi como un elemento configurador del derecho penal clásico, que se deriva de la lógica y del principio de razonabilidad que rige en la ciencia del derecho⁶²¹.

De todo lo anterior se desprende que extraer conclusiones definitivas y esclarecedoras acerca de las cuestiones planteadas no es tarea fácil. Sin embargo, sí que pueden inferirse algunos principios que deben guiar la aplicación de la obligación alternativa en los casos concretos:

- El significado específico de la obligación de extraditar o juzgar varía en función del caso concreto y ésta debe articularse en términos lo suficientemente flexibles para permitir a los Estados involucrados optar por la alternativa más adecuada en función de las circunstancias.
- El enjuiciamiento de un grave crimen internacional por parte del Estado en cuyo territorio se encuentre el sospechoso no puede depender de la existencia de una solicitud de extradición por parte de otro Estado y su posterior denegación (generalmente por razones de riesgo de violación de derechos humanos).
- Por consiguiente, la obligación de extraditar ha de ser necesariamente subsidiaria a la de juzgar, que se activa en el momento en que se tiene conocimiento de la presencia del acusado en el territorio.

⁶²¹ Sobre esta cuestión existe una extensa bibliografía, véase, entre otros, REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional...op cit.*, p. 1254: “El *locus delicti* es la conexión más natural de la jurisdicción penal”.

La presencia del sospechoso en el territorio es *conditio sine qua non* para la activación de la obligación de extraditar o juzgar.

*Las relaciones entre la obligación de juzgar, la imposibilidad de castigar y la obligación de investigar en España según el Tribunal Supremo*⁶²²

Se abre aquí un paréntesis para analizar la sentencia dictada el 27 de febrero de 2012 por el Tribunal Supremo español en la Causa Especial 20048/2009⁶²³, por la trascendencia que tienen, a efectos de esta investigación, algunas de las cuestiones planteadas en los fundamentos jurídicos.

En el presente caso, el Alto Tribunal resuelve una querrela interpuesta por el Sindicato de Funcionarios Públicos “Manos Limpias” contra el entonces titular del Juzgado de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, por un delito de prevaricación, en el que supuestamente había incurrido al admitir a trámite varias denuncias de desapariciones forzadas acaecidas durante el franquismo⁶²⁴. La célebre sentencia absuelve al acusado, pero las más de 30 páginas que la componen encierran razonamientos jurídicos enormemente interesantes y reveladores que van desde la delimitación de las funciones del derecho penal nacional hasta elaboraciones sobre la naturaleza de la relación entre el derecho nacional y el derecho internacional que, como se verá a continuación, empujan a la jurisprudencia de este tribunal a un callejón sin salida al que llega guiado por una estricta y contradictoria concepción del principio de legalidad.

Son varias las cuestiones que merecen ser tratadas para justificar tan provocadora afirmación. En primer lugar, es preciso analizar la propuesta de contenido y funciones del derecho penal que aparecen en esta sentencia. En este sentido, de los argumentos jurídicos esgrimidos por el Tribunal Supremo puede inferirse la siguiente conclusión: si no es posible castigar al presunto autor, no existe, para el Estado, ni obligación de investigar ni de enjuiciar.

⁶²² El título de este epígrafe ha sido tomado prestado del esclarecedor artículo de Javier Chinchón sobre la sentencia 101/2012 del TS de 27 de febrero: CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Imposibilidad de castigar vs. obligación de investigar, algunas reflexiones y propuestas (1)”, *Diario La Ley*, núm. 7845, 2012.

⁶²³ STS 101/2012 de 27 de febrero. Para un completo e interesante razonamiento jurídico que cuestiona la sostenibilidad de la imputación contra el juez Baltasar Garzón en este caso, véase CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., y VICENTE MÁRQUEZ, L., “La investigación de los crímenes cometidos en la guerra civil y el franquismo como delito de prevaricación”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 19, 2010.

⁶²⁴ Auto de 16 de octubre de 2008. Se dictaron dos autos, uno, el 16 de octubre en el que se afirma la competencia para conocer de los hechos, competencia que queda supeditada a la comprobación del fallecimiento de las personas imputadas. Una vez comprobado, mediante documento público, la muerte de estas personas, se dicta el auto de 18 de noviembre de 2008, que acuerda la inhibición de la causa a favor de los juzgados territorialmente competentes. Auto de 16 de octubre de 2008, JCI 5, AN, Sumario, Proc. Ordinario 53/2008 E y Auto de 18 de noviembre de 2008, JCI 5, AN, Sumario, Proc. Ordinario 53/2008 E.

A pesar de que se trata de un pronunciamiento cuyos efectos se circunscriben a España, el controvertido precedente que sienta a través de la siguiente afirmación debe ser objeto de atención especial:

“(…) no es posible en nuestro sistema procesal una actividad jurisdiccional de mera indagación sin una finalidad de imposición de una pena⁶²⁵”.

El Tribunal propone así una rígida interpretación del alcance, contenido y finalidad de la investigación penal con una orientación claramente sancionatoria⁶²⁶, incompatible entre otras cosas, con el fin de esclarecimiento de los hechos y búsqueda de la verdad que, junto con otros principios de derecho penal, inspiran los procedimientos en los casos de graves crímenes contra la humanidad⁶²⁷.

En segundo lugar, el Alto Tribunal atenta frontalmente contra los principios sobre los que se viene basando el derecho penal internacional, desde los Juicios de Núremberg hasta el establecimiento de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, al afirmar que a pesar de que las desapariciones forzadas que se perpetraron pueden ser calificadas como crímenes de lesa humanidad por su componente de sistematicidad y por estar dirigidas contra una población civil, las mismas no pueden ser investigadas por parte de la Audiencia Nacional porque el crimen de lesa humanidad como tal no había sido incorporado al derecho interno en el momento de la comisión de los hechos⁶²⁸. En efecto, en su fundamento jurídico tercero se puede leer lo siguiente:

⁶²⁵ STS 101/2012 de 27 de febrero de 2012, FJ3. Para una análisis muy crítico de esta sentencia, véase CHINCHÓN ALVAREZ, J., “Imposibilidad de castigar...*op. cit.*”, pp. 5-7. Tras exponer los argumentos en los que apoya la existencia de objeto procesal a pesar de la muerte de los autores e incluso de la prescripción del delito, que fundamenta en sentencias de tribunales nacionales, pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos y jurisprudencia de la CIDH, concluye que “Desde esta perspectiva entonces, nada parece indicar que ni lo previsto en esta Ley, ni lo que puedan estar llevando a cabo “otros organismos del Estado”, menos todavía los “historiadores”, por meritorio, necesario e importante que pudiera ser, resulte satisfactorio desde la perspectiva adoptada en este trabajo: la investigación como medio de poner fin a un hecho internacionalmente ilícito continuado”. La sentencia del TEDH en la que este autor tenía puestas las esperanzas en tanto que esperaba una confirmación del deber de España de investigar estos crímenes no ha podido ser más decepcionante. La misma se ha limitado a inadmitir la demanda, sin entrar siquiera en el fondo del asunto. (TEDH, Asunto Canales Bermejo c. España, Carta de inadmisión del recurso de 15 de noviembre de 2012. Disponible en <http://www.elclarin.cl/images/pdf/TEDH.pdf>. Consultado el 30/10/2013) Véase el análisis del caso, también del mismo autor con Alicia Moreno, RIS, La decisión del TEDH en el asunto Canales Bermejo c. España: una sombra definitiva, Series análisis jurídicos-GCy F, diciembre 2012. Disponible en https://docs.google.com/file/d/oByBM8_x9YdxidFhWbWhSUGgtLUU/edit?pli=1.

⁶²⁶ *Id.* FJ 1, p. 9: “(…) el proceso penal tiene una misión específica: hacer caer un reproche social y jurídico sobre quién resulte responsable de un delito. El derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal y solo tangencialmente puede ser satisfecho”.

⁶²⁷ Sobre el derecho a la verdad y el papel que han de desempeñar los tribunales en su protección y garantía véase el capítulo IV.

⁶²⁸ A pesar de que a estas alturas sorprenda la necesidad de tener que esgrimir razonamientos jurídicos, jurisprudencia y pruebas de la cristalización del reconocimiento de la aplicabilidad directa de las normas de *ius cogens* relacionadas con la prohibición de los más

“No es posible -por más que sea sostenida por algún sector doctrinal- que las exigencias del principio de tipicidad se rellenen con la previsión contenida en el derecho penal internacional consuetudinario, si el derecho interno no contempla esa tipicidad⁶²⁹”.

Esta frase encierra la postura que ha venido sosteniendo el Tribunal Supremo desde que se le planteó, por primera vez, la aplicación del crimen de lesa humanidad a los actos perpetrados antes de la incorporación de este tipo en el derecho penal interno. Este primer asunto, que dio lugar a la STS 789/2007 de 1 de octubre, se plantea con motivo de los delitos perpetrados por el General Scilingo durante la guerra sucia argentina. El principio de legalidad fue esgrimido entonces por el Alto Tribunal para evitar la calificación de las numerosas desapariciones y asesinatos como crímenes de lesa humanidad. Las contradicciones que subyacen a los razonamientos jurídicos sobre los que funda su competencia el Alto Tribunal en este caso han sido duramente criticadas por la doctrina⁶³⁰. Algunas de las razones desarrolladas por Cristina Fernández Pacheco en contra de esta concepción estricta del principio de legalidad, al menos en lo que respecta a las más graves violaciones de derechos humanos, pueden traerse a colación en el presente caso:

graves crímenes internacionales, pueden citarse como ejemplos de pronunciamientos en sentido radicalmente opuesto a esta afirmación los siguientes: Escrito del Fiscal presentado en las Diligencias Previas nº211/2008 del Juzgado Central de Instrucción nº2: “La categoría de los crímenes contra la humanidad es una categoría preexistente en el Derecho Internacional, de origen consuetudinario, que establece la prohibición de actos inhumanos contra la población civil y persecuciones políticas, raciales, religiosas, de carácter imperativo, de *ius cogens*, que impone a los Estados una obligación de perseguir y castigar. El desvalor de la conducta de los crímenes contra la humanidad pertenece al derecho internacional consuetudinario en vigor desde hace muchas décadas, con eficacia *erga omnes* aplicable también a España aunque el legislador no hubiese desarrollado hasta 2004 la específica tipicidad y penalidad en el Código Penal español”. Véase también la sentencia del TEDH de 17 de enero de 2006, dictada en el caso Kolk y Kislyiy c. Estonia, en la que el Tribunal de Estrasburgo llega a afirmar que “aún en el supuesto de que los hechos hubieran sido vistos como legales por el derecho interno entonces en vigor, los tribunales locales si han considerado que constituían crímenes contra la humanidad, como crímenes de formación consuetudinaria, (son) imputables internacionalmente al sujeto que los comete”, o el caso Papon c. Francia de 15 de noviembre de 2001. Véase también en este sentido del auto de 18 de noviembre de 2008, JCI 5, AN, Sumario, Proc. Ordinario 53/2008 E, FJ4 mediante el cual el Juez Baltasar Garzón se inhibe a favor de los tribunales territoriales en la causa del franquismo, pp. 38: “Lo único inamovible para el Sr. Fiscal es el año 1945, fecha en que los aliados redactaron el Estatuto de Nuremberg. Pero, en su argumentación, olvida algo básico y a la vez obvio y es que los aliados en ese momento, como ya se ha dicho, no crearon los crímenes contra la humanidad, sino que reconocieron su vigencia por formar parte de los principios generales que rigen en las naciones civilizadas. Precisamente por ello, y porque se trataba de crímenes preexistentes a su comisión los criminales nazis pudieron ser juzgados por hechos anteriores a 1945, y a la propia redacción del Estatuto que es una simple recopilación de los que ya existían; porque anteriormente formaban parte del *ius cogens*; porque atentaban contra los principios más elementales de la Civilización(...)”.

⁶²⁹ STS 101/2012 de 27 de febrero, FJ3.

⁶³⁰ GIL GIL, A., “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-r1, 2005; TOMUSCHAT, C., “Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo Case”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, pp. 1074-1080.

“Sin embargo, desde mi punto de vista, este tipo de concepciones restringidas del principio de legalidad no parecen tener sentido en el ámbito de los delitos internacionales sobre los que existe competencia universal y que son imprescriptibles. No porque la lucha contra la impunidad lo justifique todo, sino por la propia naturaleza de los delitos internacionales y de la jurisdicción universal. No resulta lógico plantear si el sujeto que cometió actos constitutivos de genocidio en Ruanda en 1994 o de delitos de lesa humanidad en Argentina en los años 70 conocía o podía conocer la regulación española del momento; por el contrario, parece tener más sentido considerar si en el momento de la comisión existía una prohibición clara de este tipo de actos en el ámbito internacional, ya sea por vía convencional o consuetudinaria⁶³¹”. Posición para la que no es difícil hallar apoyos entre las más importantes autoridades de derecho internacional⁶³².

Por último, esta sentencia pone sobre la mesa una de las cuestiones más conflictivas a las que se está teniendo que enfrentar la comunidad internacional desde los años 90: la legitimidad de las leyes de amnistía aprobadas tras la caída de regímenes dictatoriales, caracterizados por la violación sistemática de derechos humanos. Así, en el caso español, el TS se pronuncia en los siguientes términos:

“La asunción de competencia por el Juzgado Central núm. 5 de la AN (...) colisiona también con la Ley de amnistía de 1977 y los preceptos reguladores de la prescripción, con la determinación de los posibles imputados y con la subsunción de los hechos en la norma penal que aplica⁶³³”.

⁶³¹ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., “La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal: el caso de la represión en Argentina”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 61, nov. 2008, pp. 101-117.

⁶³² Véase, entre otros, FERNÁNDEZ LIESA, C.R., “La aplicabilidad de la costumbre internacional en el Derecho Penal Español” en *Justicia de transición, justicia penal internacional...op cit.*, p. 89, que evidencia y critica, a la luz del caso Alakrana y del caso Scilingo, las acrobacias jurídicas a las que se ve abocado el Alto Tribunal para evitar la aplicación del derecho consuetudinario, pp. 89-90: “Para el TS la condena por los tribunales españoles no podría utilizar formalmente el *nomen iuris* *crímenes* de lesa humanidad como elemento identificador del tipo aplicable del artículo 607 bis CP, pero nada impide que se refiera a delitos de asesinato y detención ilegal que, por sus circunstancias constituyen o constituirían según el derecho interno en el momento de su persecución, crímenes contra la humanidad. Para el TS no sería razonable entender que la ley española excluye la jurisdicción de los tribunales internos sobre crímenes contra la humanidad cuando lo acepta respecto del genocidio y de los crímenes de guerra, infracciones idénticas en su naturaleza y gravedad y pertenecientes, todas ellas, al núcleo de los ataques más graves de los derechos humanos básicos. En definitiva cualquier interpretación vale si sirve para evitar la aplicación de la norma consuetudinaria internacional. En esto el dogma no ha cedido y ha elaborado para ello laboriosas construcciones.” Para una aproximación internacional a la aplicación de la costumbre internacional por parte de los tribunales domésticos, véase CATALDI, G., “On the Enforcement of Customary Rules on Human Rights by National Judges”, *ITBIL*, vol. XI, 2001, pp. 101-124; KU, J.G., “Customary International Law in State Courts”, *Va. J.I.L.*, 2001, pp. 265-338.

⁶³³ *Id.*, FJ. 6. Véase sobre esta cuestión y en sentido contrario, la decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 27 de octubre de 2008, que en su 94º período, tras examinar el quinto informe periódico de España afirma que: “El Comité, aunque ha tomado nota de la decisión reciente de la Audiencia Nacional de examinar la cuestión de los desaparecidos, está preocupada por el mantenimiento en vigor de la Ley de Amnistía de 1977. El Comité recuerda que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y señala, a la atención del Estado parte, su Observación General 20, según la cual las amnistías relativas a las

La validez de la Ley de Amnistía española sigue siendo, a día de hoy, una cuestión controvertida. Mientras un sector doctrinal alega que la misma fue aprobada en violación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos vigente en España en ese momento⁶³⁴, otros autores, siguiendo la interpretación ofrecida por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, consideran que la aprobación de la Ley de Amnistía en España no viola el citado Pacto “pues, aunque la amnistía es posterior a la adhesión de España al Pacto, las violaciones de derechos humanos que darían origen al nacimiento de la obligación del artículo 2.3 son anteriores a él, por lo que al no poder afirmarse que las mismas constituyen una violación del Pacto, tampoco el no ponerse a disposición de la víctima un recurso judicial efectivo por ellas lo es⁶³⁵”.

De todo lo anterior se puede deducir que la combinación de la historia reciente española, la aprobación de leyes de amnistía como cierre a un período de violación sistemática de derechos humanos y la contradictoria reticencia del Tribunal Supremo hacia el reconocimiento de la aplicabilidad del derecho internacional consuetudinario para los más graves crímenes internacionales hacen de las relaciones entre la obligación de juzgar, la imposibilidad de castigar y la obligación de investigar en España un verdadero enigma que está lejos de ser resuelto. Tendrán que ser los tribunales de otros Estados los que, en aplicación del principio de jurisdicción universal o de otros títulos habilitantes de la competencia, conozcan de estos casos y abran procedimientos para su investigación y enjuiciamiento, lo cual fue vaticinado en 2010 por Gil Gil⁶³⁶ y se ha materializado en marzo de 2013 a través de la reapertura de este proceso en Argentina⁶³⁷.

violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con el Pacto y la Observación General 31, sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto (de Derechos Civiles y Políticos)”, para después recomendar al Estado la consideración de la derogación de la ley de Amnistía de 1977.

⁶³⁴ En concreto se denuncia la violación del artículo 2.3. del PIDCP, del cual se deduce la obligación de perseguir penalmente las violaciones de derechos fundamentales. Véase CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la guerra civil y el pasado autoritario de España. Un examen desde el derecho internacional”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 45, 2007, pp. 123 y ss; También en este sentido se manifiesta Amnistía Internacional, “Víctimas de la guerra civil y franquismo: no hay derecho, preocupaciones sobre el Proyecto de Ley de “Derechos de las víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo”, noviembre 2006, p. 19. Disponible en [https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/Victimas de la guerra civil y el franquismo?CMD=VEROBJ&MLKOB=24973614343](https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/Victimas_de_la_guerra_civil_y_el_franquismo?CMD=VEROBJ&MLKOB=24973614343) Consultado el 30/10/2013.

⁶³⁵ GIL GIL, A., “Justicia transicional en España” en *Justicia de transición...op cit.*, p.165.

⁶³⁶ *Id.*, pp. 165-166: “La ley de amnistía no sería por supuesto un obstáculo para la persecución por tribunales de otro país, en ejercicio de la jurisdicción universal, de los crímenes que en el momento de su comisión fueran tipificables como delitos internacionales y que no hubieran prescrito conforme a la legislación del país que persigue, como no lo fueron tampoco las leyes de punto final y obediencia debida para la persecución seguida por la AN española”.

⁶³⁷ “El proceso contra el franquismo se reactiva en Argentina”, *El País*, 22 de marzo de 2013. Disponible en http://politica.elpais.com/politica/2013/03/22/actualidad/1363986587_915674.html?utm_source=Mantenme+informado&utm_campaign=b61f1f8cfo-Newsletter6_11_2012&utm_medium=email. Consultado el 30/10/2013. Lo cual, como era de esperar, no ha tardado en provocar reacciones en el seno del ejecutivo español, “El gobierno

5.2.3. La triple alternativa o el clásico principio de complementariedad

El Relator Especial hace referencia ya en su Informe Preliminar a un concepto que resultó novedoso en el momento de su formulación: la “triple alternativa”. Con ello, se quiere aludir a la posibilidad de expandir el ámbito de actuación de la obligación para permitir, a través de la misma, la entrada a la jurisdicción de los tribunales penales internacionales. El Relator se remonta a 1937, año en el que se abrió a firma la Convención para la creación de una Corte Penal Internacional, para encontrar uno de los primeros ejemplos de esta “tercera opción”⁶³⁸.

Sin embargo, si dejamos de lado la jurisdicción obligatoria y preferente establecida por el Consejo de Seguridad para los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, en tanto que excepciones, y nos centramos en la configuración de la jurisdicción en el órgano con el que generalmente se identifica el derecho penal internacional, la CPI, se puede argumentar que el uso del término “triple alternativa” no es adecuado. Este concepto induce a error acerca del alcance y contenido del principio de complementariedad en el que se basa la jurisdicción de este tribunal.

Se ha analizado ya el significado del principio de complementariedad en el apartado 1 de este capítulo. Baste aquí recordar una de sus características definitorias para inferir que la presentación de la “triple alternativa” como la posibilidad que tiene un Estado que encuentra en su territorio a un presunto autor de un crimen internacional, de elegir entre extraditarlo a un Estado requirente, juzgarlo o entregarlo a la CPI, mina el fundamento mismo de este principio, que busca ofrecer una solución *ultima ratio* a las lagunas de impunidad creadas por las deficiencias de las jurisdicciones nacionales. Es precisamente el principio de complementariedad lo que atribuye a este órgano, en palabras del especialista en derecho penal internacional, Héctor Olásolo, la función de “vigilancia y control de las jurisdicciones nacionales”. Por consiguiente, debe concluirse que la activación de la jurisdicción de la CPI no puede responder en ningún caso a la decisión discrecional de un Estado de remitir a este órgano el caso sobre el que tiene la obligación de ejercer su jurisdicción o, alternativamente, proceder a la extradición para garantizar que el mismo sea investigado y enjuiciado. En efecto, el recurso a la CPI no forma parte de una de las tres opciones alternativas que tiene un país cuando tiene constancia de la presencia en su territorio de un presunto responsable de

pone trabas a un juicio internacional contra crímenes franquistas”, El Diario, 25 de mayo 2013. Disponible en http://www.eldiario.es/sociedad/Gobierno-juicio-internacional-crimes-franquistas-garzon-Argentina-Memoria_historica_o_135437145.html. Consultado el 30/10/2013.

⁶³⁸ Esta Convención nunca llegó a entrar en vigor por lo que la mencionada Corte no se crearía hasta 1998 con el Estatuto de Roma. Sin embargo, la articulación que se hace de la obligación de extraditar o juzgar en el artículo 2 de esta Convención reconocía que el acusado podía ser juzgado por los órganos jurisdiccionales de un Estado, ser extraditado al Estado con derecho a solicitar la extradición o ser juzgado por la Corte Penal Internacional. Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones, Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 7 de junio de 2006, Doc. A/CN. 4/571, párr. 53.

crímenes contra la Humanidad. La “tercera alternativa” o el ejercicio de la jurisdicción del CPI es un recurso subsidiario que solo entra en funcionamiento cuando los sistemas nacionales han fallado en el cumplimiento de sus obligaciones jurisdiccionales. Por este motivo, con fines pedagógicos pero también de corrección terminológica, se propone aquí renunciar al uso de la expresión “triple alternativa” para referirse a la relación entre la obligación de extraditar o juzgar que tienen los Estados y el ámbito de competencia y condiciones de activación de la jurisdicción de la CPI⁶³⁹.

5.3. Relación entre el *aut dedere aut judicare* y el principio de jurisdicción universal: el significado de la obligación de juzgar y la obligación como adaptación apolítica y práctica del principio de jurisdicción universal⁶⁴⁰.

5.3.1. Aclaraciones previas

Antes de entrar a tratar esta compleja cuestión, es aconsejable aclarar algunos conceptos que se tornarán necesarios en estadíos más avanzados de la investigación. En primer lugar, conviene distinguir la universalidad de la represión de la universalidad de la jurisdicción. La universalidad de la represión es una consecuencia que se deriva de la aplicación mundial de la obligación de extraditar o juzgar, en tanto que la misma implica que un presunto autor de un delito no encontrará ningún lugar en el que refugiarse y evitar así responder ante la justicia. Lo que viene a expresar el concepto “universalidad de la represión” es que a través de la vigencia de esta obligación alternativa, se consigue erradicar los paraísos de impunidad, o en palabras de la CDI, “como consecuencia de la aplicación de la obligación de extraditar o juzgar entre los Estados interesados, no hay ningún lugar en que el autor de la infracción pueda eludir su responsabilidad penal y encontrar lo que se ha llamado refugio seguro⁶⁴¹”.

⁶³⁹ Esta opinión, compartida por la mayor parte de los miembros de la Comisión y expresada en los distintos debates sobre el tema, logró que el Relator afirmara que consideraría la retirada del concepto inicial de “triple alternativa” y trataría de presentar y analizar posibles situaciones concretas relacionadas con la entrega de personas a la Corte Penal Internacional que puedan tener consecuencias para la obligación *aut dedere aut judicare*. Véase Comisión de Derecho Internacional, 60º período de sesiones, Tercer informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 10 de junio de 2008, Doc. A/CN. 4/603, párr. 50.

⁶⁴⁰ La simplificación de la relación entre ambos principios realizada por el Consejo de Europa en su Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos Penales de 1972 ha supuesto, cuanto menos, una tentación en relación a la forma de abordar esta cuestión: “D. Principle of Universality. The universality principle is the principle whereby the court of the place in which the offender is located is competent to hear the case, irrespective of the place of commission or the nationality of the offender or his victim”. Consultado el 3 de julio de 2013.

⁶⁴¹ Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones, Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 7 de junio de 2006, Doc. A/CN. 4/571, párr. 18.

La universalidad de la jurisdicción o jurisdicción universal, por otra parte, puede definirse como “la capacidad de los tribunales de cualquier Estado para iniciar enjuiciamientos por delitos cometidos fuera de su territorio y no relacionados con ese Estado por la nacionalidad del sospechoso o de las víctimas o por un daño cometido contra los propios intereses nacionales del Estado⁶⁴²”. Por consiguiente, este principio encuentra su fundamentación en la gravedad de los delitos a los que es aplicable, en tanto que ofenden a la comunidad internacional en su conjunto hasta tal punto que la intervención de los tribunales de cualquier Estado para investigar y enjuiciar estos crímenes internacionales se considera legítima, a pesar de que no exista ningún nexo de conexión entre el Estado cuyos órganos jurisdiccionales investigan y el crimen

⁶⁴² Definición tomada de Amnistía Internacional, de sobra conocida por su activismo riguroso en la lucha contra la impunidad. Amnistía Internacional, Comisión de Derecho Internacional. La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare), Madrid, 2009, pp. 8. La labor de desarrollo progresivo del principio realizados por la doctrina no han logrado un acuerdo sobre una definición de este principio universalmente aceptada. Los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal lo definen como una jurisdicción basada en la naturaleza sustantiva del crimen, sin tener en cuenta el lugar en el que se comete el crimen, la nacionalidad de los acusados o de las víctimas o cualquier vínculo de conexión con el Estado del foro (28). Es imprescindible consultar, en este tema, el estudio en profundidad sobre este principio realizado por el Profesor Manuel Ollé Sese. OLLÉ SESE, M., *Justicia Universal para crímenes internacionales...op cit.* Véase, para un estudio del contenido y aplicación de este principio en España el análisis realizado por Rafael Alcácer Guirao. ALCÁCER GUIRAO, R., “El principio de justicia universal en la jurisprudencia española reciente” en *Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo crímenes internacionales y derechos fundamentales*. Ed. Tecnos, Madrid, 2009. LAMARCA, C., “El principio de justicia universal y la competencia de la Jurisdicción española en los casos de Argentina Chile”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° Extra 1, 2000, pp. 59-68; GIL, GIL, A., “Jurisdicción de los tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 87, ENERO-JUNIO 2006, p. 88. Otra definición más exhaustiva del principio de jurisdicción universal puede encontrarse en la resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia (Polonia) en 2005, en su Comisión n° 17 cuyo Relator era el experto en derechos humanos y derecho internacional, M. Christian Tomuschat. A lo largo de 6 puntos se define el contenido y alcance de este principio y se afirma, entre otras cosas, que el principio de jurisdicción universal para los casos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la Humanidad, se basa en el derecho internacional consuetudinario. Particularmente interesante, en el marco de esta investigación resulta el contenido del apartado 3.b que reitera las ideas presentadas en los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal de 2001 (infra nota al pie 645) sobre la necesidad de que el acusado esté presente en el territorio para el ejercicio de la jurisdicción universal a pesar de que la extradición pueda solicitarse con base a esta misma jurisdicción. Consultado el 20/05/2013. Para un recorrido a través de los modos de implementación y el ejercicio del principio de jurisdicción universal en los distintos países es interesante consultar varios documentos: Amnesty International, Universal Jurisdiction. A preliminary survey of legislation around the world, 2011, IOR 53/004/2011. Consultado el 20/05/2013; En el ámbito académico han abordado esta cuestión de manera destacable LANGER, M., “The Diplomacy of Universal Jurisdiction: the Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes”, *AJIL*, Vol. 105, núm. 1, 2011, pp. 1-49; VAN ELST, E., “Implementing Universal Jurisdiction over Grave Breaches of the Geneva Conventions”, *LJIL*, 2000; y BENAVIDES, L., “The Universal Jurisdiction Principle”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 1, 2001; y de manera crítica, REYDAM, L., “The Rise and Fall of Universal Jurisdiction”, Working Paper No. 37, Enero 2010, Leuven Centre for Global Governance Studies. Consultado el 20/05/2013. Algunos de sus argumentos serán analizados en este mismo apartado al comparar las ventajas y desventajas de este principio con las de la obligación de extraditar o juzgar. También sobre la crisis del principio de jurisdicción universal: BLANCO CORDERO, I., “Crisis del principio de jurisdicción universal en el derecho penal internacional contemporáneo (I y II)”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2004, p. 1634.

en cuestión⁶⁴³. A diferencia del régimen regulador de la obligación de extraditar o juzgar, en el caso de la jurisdicción universal, la presencia del acusado ante el juez que pretende llevar a cabo el enjuiciamiento no es imprescindible para la instrucción del proceso⁶⁴⁴. Ello explica la interpretación que de esta condición hacen los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal de 2001 en los principios 1.2 y 1.3, en los que, aunque se sostiene que la presencia del acusado es condición para el ejercicio de la jurisdicción universal, se afirma que con base a esta jurisdicción se puede solicitar la extradición de un presunto responsable⁶⁴⁵.

Desde un punto de vista fáctico, conviene también aludir a dos conceptos presentados y analizados con exquisita claridad por la Jueza Van den Wyngaert en su opinión particular en el caso de la Orden de Detención⁶⁴⁶: la jurisdicción prescriptiva y la jurisdicción ejecutiva (*enforcement jurisdiction*). La primera se refiere a la capacidad de actuación de un Estado en su propio territorio cuando investiga y enjuicia crímenes cometidos en otros países. La segunda se refiere a la capacidad del Estado para imponer sus decisiones a través del poder coercitivo. La jueza analiza estos dos conceptos a la luz de la regla de permisividad (*permissive rule*) que viene a decir que a falta de una prohibición, el Estado A puede enjuiciar delitos cometidos en el Estado B. Esta regla, enunciada por primera vez en el célebre dictum del caso Lotus en 1927⁶⁴⁷, no se

⁶⁴³ A pesar de su origen antiguo que se remonta al s.XVII y al ámbito de la piratería, en los últimos tiempos, la aplicación del principio de jurisdicción universal ha suscitado un intenso debate sobre su fundamentación. Entre las contribuciones más notables al mismo cabe destacar la postura del antiguo Secretario de Estado y Consultor de Seguridad Nacional, Henry Kissinger que afirmó que si es llevada al extremo, la jurisdicción universal puede sustituir la tiranía de los gobiernos por la de los jueces (Henry Kissinger, *The Pitfalls of Universal Jurisdiction*, Foreign Affairs, July/August, 2001). En respuesta, Kenneth Roth, Director ejecutivo de Human Rights Watch sostuvo que la jurisdicción universal establecería un sistema de justicia internacional para combatir los patrones de impunidad en las cortes nacionales. ROTH, K., "The Case for Universal Jurisdiction", *Foreign Affairs*, September/October 2001. Véase también, REYDAM, L., *The Rise....op cit*.

⁶⁴⁴ Lo cual a su vez implica que la vigencia del principio de jurisdicción universal no conlleva universalidad de la represión en tanto que su aplicación, al poder efectuarse sin la presencia del acusado en el territorio, de facto no garantiza la universalidad de la represión.

⁶⁴⁵ Lo cual responde a la voluntad de garantizar la universalidad de la represión a través del principio de jurisdicción universal. Estos Principios se redactaron de manera consensuada por un grupo de académicos y expertos iusinternacionalistas que se reunieron a raíz de una visita a Princeton por parte de los representantes de la Comisión Internacional de Juristas y la Asociación Norteamericana pro Comisión Internacional de Juristas para formular unos principios que "contribuyeran a elucidar y ordenar una esfera del derecho penal internacional que adquiere cada vez más importancia: la del enjuiciamiento en tribunales nacionales de delitos graves de derecho internacional, con arreglo a la jurisdicción universal y cuando no existan nexos jurisdiccionales tradicionales con las víctimas o los perpetradores de los crímenes". Véanse Los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal de 2001, Principio 1.2 y 1.3.

⁶⁴⁶ TIJ, Asunto de la Orden de Detención de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), I.C.J. Reports 2002.

⁶⁴⁷ CPJI, Asunto Lotus, Sentencia n° 9, 1927, Publicaciones de la CPIJ, Series A. N° 10, 7 de septiembre de 1927, p. 19. A raíz de este caso se consolidó el llamado "Lotus test", según el cual se puede verificar si un Estado tiene o no jurisdicción extraterritorial en un determinado supuesto mediante la comprobación de que no existe una prohibición, bajo el derecho internacional, de ejercer esta jurisdicción. El caso Lotus representa el punto de partida para

aplica, sin embargo a la jurisdicción ejecutiva, ya que sin permiso del Estado B, el Estado A no puede actuar en su territorio⁶⁴⁸. En otras palabras, lo que viene a hacer la jueza con esta aclaración es reflexionar sobre las dificultades prácticas del ejercicio *efectivo* de la jurisdicción universal, cuando no existe ninguna conexión entre el Estado del tribunal que investiga y enjuicia el caso en virtud del principio de jurisdicción universal y los hechos.

Por último, una vez realizadas estas puntualizaciones, es indispensable referirse a la confusión existente entre el principio de jurisdicción universal y la obligación de extraditar o juzgar, sin perjuicio del tratamiento más profundo del que será objeto en el epígrafe correspondiente al estudio de las relaciones entre ambas figuras⁶⁴⁹.

cualquier discusión sobre la relación entre el derecho internacional público y la jurisdicción de los Estados en materia penal, y en particular, para tratar la cuestión de la legalidad del ejercicio de la jurisdicción penal extraterritorial por parte de los tribunales nacionales. El caso enfrentó a Turquía y a Francia, como consecuencia de la colisión de dos navíos de estos países en alta mar cerca de la costa de Turquía, el *Boz-Kourt* y el *Lotus* respectivamente. El accidente se saldó con el hundimiento del *Boz-Kourt* y la muerte de ocho ciudadanos turcos. Ello dio lugar a que Turquía incoara varios procedimientos penales, entre otros, contra el oficial de vigilancia en el navío *Lotus*, el teniente francés Demons. Tras rechazar el recurso por falta de jurisdicción interpuesto por el acusado, el tribunal de Estambul condenó a Demons a 80 días de prisión y al pago de una multa por homicidio imprudente. Francia llevó el caso ante la entonces Corte Permanente de Justicia Internacional que debía decidir si las acciones penales dirigidas contra el teniente habían vulnerado el artículo 15 de la Convención de Lausanne sobre condiciones de Residencia y Negocios y Jurisdicción. Este artículo exigía que todas las cuestiones de jurisdicción se resolvieran de acuerdo con los principios de derecho internacional. La Corte, tal y como se ha analizado, resolvió esta cuestión afirmando la vigencia de una regla de permisividad en virtud de la cual la afirmación de la jurisdicción extraterritorial por parte de un Estado solo puede limitarse si ésta está expresamente prohibida por una norma de derecho internacional. Los jueces no presentaron modelos de reglas en este sentido.

⁶⁴⁸ Tras esta explicación traslada esta teoría al caso que le compete, la orden de detención, para afirmar que el conflicto de jurisdicción que se plantea en el caso y que no fue tan siquiera abordado por el Tribunal es, en principio, un conflicto de jurisdicción prescriptiva en tanto que la detención no llegó a ejecutarse. Sin embargo, la nomenclatura utilizada para referirse a la orden de detención (“orden de arresto internacional”) suscita dudas acerca de un posible ejercicio de jurisdicción de imposición. Opinión disidente de la jueza Van Den Wyngaert, Orden de Detención de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), I.C.J. Reports 2002, párr. 48-67.

⁶⁴⁹ Véase el apartado 3.3. de este mismo capítulo. La necesidad de llevar a cabo este ejercicio clarificador ha sido ya puesto de manifiesto tanto por el Relator Especial en los Informes analizados como por una parte de la doctrina, que ha tomado consciencia del uso indistinto y por consiguiente, equívoco, que hacen de estas dos figuras una parte de la doctrina así como algunas ONGs. Véase, a modo de ejemplo, el peligrosísimo acño de la expresión “principio de jurisdicción condicional” utilizado por la autora Helena Gluzman para referirse a la obligación de extraditar o juzgar en un artículo sobre el principio de jurisdicción universal, publicado en una prestigiosa revista italiana de derecho internacional. GLUZMAN, H., “On Universal Jurisdiction-Birth, life and a Near-death experience?”, *Bocconi School of Law Student-edited papers*, Paper No. 2009-08. Esta laguna tiene consecuencias incluso en contextos internacionales en los que se aprueban principios. Véanse “Los Principios del Cairo de Jurisdicción Universal respecto a violaciones graves de derechos humanos. Delitos: una perspectiva africana”, aprobados en el El Cairo en octubre de 2002 (“Principios del Cairo”), principios 9, 18 y 19. Este instrumento, a pesar de anunciar el principio de jurisdicción universal como la figura rectora de los mismos, seguidamente se limita a desarrollar la obligación de extraditar o juzgar. Consultado el 20/05/2013

Tal y como advierte Abad Castelos en un artículo en el que se pregunta sobre la existencia de la jurisdicción universal en España tras la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ, “(...) cabe llamar la atención sobre la existencia de una cierta confusión entre el principio de jurisdicción universal con el principio *aut dedere aut judicare*. En efecto, suele realizarse una identificación que muchas veces no procede, puesto que la regla *aut dedere aut judicare* es diferente al principio de jurisdicción universal, incluso cuando se mantiene una versión no absoluta o relativa del principio de jurisdicción territorial (esto es, cuando media una exigencia de que el presunto autor del delito se encuentre en el territorio del Estado), puesto que la obligación alternativa *aut dedere aut judicare*, que contiene numerosos tratados, parte de la premisa de una conexión del Estado con el delito en cuestión⁶⁵⁰”.

Kai Ambos también propone un criterio de distinción entre ambas figuras basado en la naturaleza del *ius puniendi* que subyace a cada principio. Así, entendiendo la jurisdicción criminal supletoria como la expresión jurisdiccional de la obligación de extraditar o juzgar, Ambos afirma que:

“La justicia criminal supletoria, en sentido estricto, es *derivada* como extensión del *ius puniendi* en *representación* y con el *consentimiento* de otro Estado. Dependiendo de la *voluntad de persecución penal* del Estado del lugar del hecho, el Estado que captura actúa, como ya hemos dicho, para él o en su lugar. Por el contrario, el principio de jurisdicción universal se basa en la idea de un *ius puniendi originario* que existe respecto a determinados crímenes internacionales, con independencia de la voluntad del Estado del lugar del hecho, actuando el Estado que captura para o en lugar del conjunto de la *comunidad de Estados*⁶⁵¹”.

5.3.2. Fundamentación filosófica de la jurisdicción extraterritorial: *¿Par in parem non habet imperium?*

Tras la Paz de Westfalia en 1648 y la creación del sistema de Estados, el monopolio del *ius puniendi* se erige como un elemento configurador del que, desde entonces, es el actor internacional por excelencia: el Estado soberano⁶⁵².

⁶⁵⁰ ABAD CASTELOS, M., “La persecución restringida... *op. cit.*”, p. 72.

⁶⁵¹ AMBOS, K., “Los fundamentos del *ius puniendi* nacional; en particular, su aplicación extraterritorial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, núm. 119, mayo-agosto de 2006, pp. 290 (cursiva original). Luis Benavides, por su lado, ofrece la siguiente explicación de las diferencias entre ambas figuras, en la que otorga a la obligación jurídica un carácter puramente convencional: “Existen diferencias entre el principio *aut dedere aut judicare* y Jurisdicción Universal (JU) en tanto que el primero se presenta como una obligación alternativa de orden convencional para los Estados, respecto de la cual deben perseguir o extraditar al presunto autor del crimen mientras que la JU comporta un derecho de los Estados de castigar un crimen en nombre de la CI con el propósito de proteger sus más importantes valores e intereses, es decir, que es más una autorización del derecho internacional que una obligación de perseguir y castigar a criminales”. BENAVIDES, L., “The Universal Jurisdiction Principle”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. I, 2001, p. 112.

⁶⁵² Esta cesión absoluta del poder punitivo al Estado representa uno de los pilares del contrato social. Véase aquí la obra que, por antonomasia, articula su fundamentación político-filosófica: HOBBS, T., *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, trad. De Manuel Sánchez Sarto, 2ªed., México: FCE, 1980 (la obra original fue publicada en 1651). En el capítulo XV, al abordar la tercera ley de la naturaleza, la justicia, Hobbes desarrolla la fundamentación filosófica de esta cesión: “(...) Por tanto, antes de que puedan tener un

Uno de los componentes del derecho a castigar o *ius puniendi* es la competencia jurisdiccional, en tanto que, en el marco de un Estado de derecho, es preciso juzgar antes de castigar.

Por regla general, los tribunales de un Estado tienen jurisdicción para investigar y conocer de los hechos acaecidos en su territorio en base al principio de competencia territorial, pero existen además otros títulos habilitantes que legitiman la intervención judicial de estos órganos domésticos para conocer de delitos perpetrados más allá de sus fronteras.

Siguiendo el marco subjetivo de análisis diseñado, a los efectos de esta investigación, el estudio del fundamento de la extraterritorialidad⁶⁵³ en el ejercicio de la jurisdicción se circunscribirá a las más graves violaciones internacionales.

Partiendo de la clasificación propuesta por el profesor Jaén Vallejo, los títulos habilitantes para el ejercicio de la jurisdicción que tradicionalmente han venido legitimando el enjuiciamiento de vulneraciones masivas de derechos humanos cometidas fuera del territorio de un Estado, son tres:

- Principio de personalidad (activa o pasiva);

adecuado lugar las denominaciones de justo e injusto, debe existir un poder coercitivo que compela a los hombres, igualmente, al cumplimiento de sus pactos, por el temor de algún castigo más grande que el beneficio que esperan del quebrantamiento de su compromiso, (...)”. Más adelante, en el capítulo XVIII, De los “derechos” de los soberanos por institución, el autor incluye, entre los derechos que reconoce al Estado el de “castigar con penas corporales o pecuniarias, o con la ignominia, a cualquier súbdito, de acuerdo con la ley que él previamente estableció (...)”. También subraya la indivisibilidad de estos derechos que considera “constituyen la esencia de la soberanía (...)”. Más adelante, el s. XVIII, Cesare Beccaria abordaría esta cuestión de manera mucho más profunda: “(...) Consultemos el corazón humano, y encontraremos en él los principios fundamentales del verdadero derecho que tiene el Soberano para castigar los delitos; porque no debe esperarse ventaja durable de la política Moral, cuando no está fundada sobre máximas indelebles del hombre. (...) La multiplicación del género humano, pequeña por sí misma pero muy superior a los medios que la Naturaleza estéril y abandonada ofrecía para satisfacer a las necesidades, que se aumentaban cada vez más entre ellos, reunió los primeros salvajes. Estas primera uniones formaron necesariamente otras para resistirlas, y así el estado de guerra se transfirió del individuo a las Naciones. Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres para ceder parte de su libertad propia. (...) El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles, forma el derecho de castigar: todo lo demás es abuso, y no justicia”. BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, II. Derecho de castigar...*op cit.*

⁶⁵³ Tráigase a colación aquí la definición de extraterritorialidad propuesta por Leo Strisower, que entiende este fenómeno desde su naturaleza excepcional a la jurisdicción regular (o territorial). STRISOWER, L., “L’extraterritorialité et ses principales applications”, *Hague Academy of International Law*, p. 231 “C’est l’exemption de certaines personnes et de certaines choses de l’action régulière de cet État, telle qu’elle résulterait en principe de sa position, dans l’intérêt de cette indépendance elle-même et de tout ce qui s’y rattache”. Para profundizar sobre esta cuestión, consúltese también uno de escritos en esta materia: ANZILOTTI, D., “L’essenzione degli Stati stranieri della giurisdizione”, *Riv. di Dir. Int.*, 1910. Para otros desarrollos del fundamento de la extraterritorialidad, véase MILLER, S., “Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A territorial justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention”. *EJIL*, vol. 20, núm 4, 2010, pp. 1223-1246 y CASSEL, D., “The ICC’s New Legal Landscape: The Need to Expand US Domestic Jurisdiction to Prosecute Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity (1999-2000)”, *Fordham International Law Journal*, vol 23, pp. 378-397. Desde un enfoque más internacionalista y menos westfaliano, véase la interesante tesis de AMBOS, K., “Punishment without a Sovereign? The Ius Puniendi Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 33, núm. 2, 2013, pp. 293-315

- Principio real o de defensa, que extiende la jurisdicción nacional a los ataques al Estado que sean perpetrados desde territorios extranjeros; y
- Principio de justicia universal, ampliamente tratado ya⁶⁵⁴.

Pero, ¿cuáles son las construcciones filosóficas que, desde la doctrina, fundamentan la extraterritorialidad? La respuesta a esta pregunta no es sencilla. La justificación de la jurisdicción extraterritorial para las más graves violaciones de derechos humanos combina elementos de las dos corrientes de pensamiento sobre las que está cimentado el derecho internacional y que, aunque convergen en algunos puntos, son posturas esencialmente antagónicas. Además, es importante tener en cuenta en el desarrollo de la extraterritorialidad, el papel desempeñado por la cristalización de los derechos humanos como fuerza transformadora de la sociedad internacional, que permite, según Fernández Liesa, superar “la doctrina de las competencias como exclusiva categorización funcional del DI”. Según este autor, es preciso acudir a Kelsen para encontrar el fundamento teórico de esta doctrina, que ha venido sosteniendo que “La función específica y mínima del DI es la determinación y la delimitación normativa de las esferas de validez territorial, personal, temporal y material de los órdenes jurídicos nacionales”. Sin embargo, reconoce Fernández Liesa, que a lo largo del s.XX “(...) se supera esa visión por los derechos humanos, fundamentalmente⁶⁵⁵”.

Así, volviendo a las dos corrientes de pensamiento, por un lado, encontramos la visión rigurosamente universalista y monista de Georges Scelle, padre de la escuela francesa, que considera que los Estados tienen los poderes que el derecho internacional les ha otorgado en el marco de una repartición general⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ JAÉN VALLEJO, M., *Legalidad y extraterritorialidad en el Derecho Penal Internacional*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006, pp. 93-94.

⁶⁵⁵ FERNANDEZ LIESA, C., *El Derecho internacional de los derechos humanos...op. cit.* p. 218.

⁶⁵⁶ Scelle (1878-1961) es conocido por desarrollar la teoría del “*dédoublement fonctionnel*” en su obra magna “*Précis de droit des gens*”, publicada entre 1932 y 1934. Esta teoría descansa sobre cuatro ideas, magníficamente sistematizadas por uno de los más importantes referentes mundiales en el ámbito del derecho internacional, Antonio Cassese: 1. La comunidad global (“*société internationale globale ou oecuménique*”) está conformada por una pluralidad de comunidades, comenzando por la familia y pasando por las comunidades locales o provinciales, las regiones, las asociaciones o agrupaciones nacionales hasta llegar a la cima, donde se encuentra el *civitas máxima* o comunidad global. Para Scelle, la comunidad global está compuesta por una pluralidad de sistemas jurídicos (hoy llamados “subsistemas”) que confluyen y se sobreponen los unos a los otros; 2. La comunidad no es el resultado de la coexistencia o juxtaposición de Estados sino que consiste en “*l’interpénétration des peuples par le commerce international*”, de lo cual se deriva que los verdaderos sujetos de la sociedad internacional son los individuos, y no los Estados; 3. Existe una jerarquía entre los distintos sistemas y subsistemas existentes. Los sistemas nacionales están subordinados al orden jurídico internacional; 4. La existencia de cualquier sistema jurídico reside en tres funciones básicas: creación normativa, adjudicación y capacidad hacer cumplir (“*enforcement*”). CASSESE, A., “Remarks on Scelle’s Theory of ‘Role Splitting’ (*dédoublement fonctionnel*) in International Law”, *EJIL*, vol 1, 1990, p. 210. Particularmente interesante resulta, a efectos de la pregunta a la que quiere responder este apartado, la solución que da este autor a la inexistencia de gobernantes y agentes específicamente internacionales, encargados de hacer cumplir el derecho internacional. Véase pp. 212: “As there are no ‘specifically international rulers and agents’ (*gouvernants et agents spécifiquement internationaux*), national members of the executive as well as state officials fulfil a ‘dual’ role: they act as state organs whenever they operate within the national legal

Esta escuela de pensamiento se enfrenta al dualismo radical y soberanista que caracterizó tanto a la escuela alemana⁶⁵⁷ como a la italiana, encabezada por Anzilotti, que sostiene que el Estado existe *per se* y *de facto* como Estado soberano, gozando de las competencias que él mismo se atribuye en ejercicio de su soberanía⁶⁵⁸.

Si por un lado, la primera corriente contempla la idea de *civitas maxima*⁶⁵⁹, esto es, la existencia de un orden social o moral común a toda la Humanidad, por otro lado, el propio concepto de “extraterritorialidad” descansa sobre la idea de soberanía en tanto que se caracteriza por su oposición directa a la idea de vinculación de las personas y de las cosas a la legislación vigente en el Estado del territorio⁶⁶⁰. La jurisdicción extraterritorial se perfila así como una excepción a la territorial y por ende, se construye sobre los pilares sobre los que se ha erigido la primera para después, con la justificación moral o sustantiva que proporciona el concepto de *civitas maxima*, expandirse, más allá de las fronteras nacionales.

Entre los autores que han abordado la pregunta que encabeza este epígrafe, debe destacarse la respuesta ofrecida por el profesor Kai Ambos, en un estudio

system; they act qua international agents when they operate within the international legal system”. Véase también otro de los artículos publicados en este mismo ejemplar: THIERRY, H., “The Thought of Georges Scelle”, *EJIL*, vol 1, 1990, p. 193.

⁶⁵⁷ Liderada por el internacionalista Georg Friedrich von Martens. Para profundizar en la contribución de este autor véase el análisis de su legado positivista que hace el ya citado Martti Koskenniemi. KOSKENNIEMI, M., “Into Positivism: Georg Friedrich von Martens (1756-1821) and Modern International Law”, *Constellations*, vol 15, núm. 2, 2008, p. 190, p. 201.

⁶⁵⁸ ANZILOTTI, D., *Corso di diritto internazionale*, 1928 (reeditado en 1964), citado y traducido al francés por CONDORELLI, L., en “Scholie sur l’idiome scellien des manuels francophones de droit international public”, *EJIL*, vol. 1, 1990, p. 232: “le droit international est supérieur à l’Etat en ce sens qu’il constitue une limitation juridique de son pouvoir, mais non pas dans le sens que le pouvoir de l’Etat est une délégation du droit international; cette thèse non seulement n’est pas logiquement nécessaire: elle a contre elle-même l’expérience historique mais aussi-et principalement-la conviction des Etats, auxquels rien répugne davantage que l’idée d’exercer un pouvoir qui leur serait octroyé par l’ordre juridique international”.

⁶⁵⁹ El concepto de *civitas máxima* fue popularizado en el s. XVIII por el Profesor de Filosofía, Christian Wolff. Este autor concebía el *civitas máxima* como un concepto formal, una ficción “sin contenido constitucional o político”. Véase BASSIOUNI, M.C; WISE, E.M., *Aut dedere....op.cit.*, pp. 29. Es curioso recordar aquí que su discípulo más importante, Emer de Vattel, cuyo pensamiento había sido fuertemente influido por las ideas de Grocio, calificó de pura ficción la idea de su maestro acerca de que los Estados del mundo podrían formar un “gran Estado”. Él creía que la única manera de preservar el bien y reprimir el mal pasaba por organizar la sociedad en naciones separadas, libres e iguales. DE VATTEL, E., *The Law of Nations, or Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, Indianapolis: Liberty Fund, 2008, prefacio, 13-16, citado en “Realizing Utopia...” *op. cit.*, p. 7.

⁶⁶⁰ STRISOWER, L., “L’extraterritorialité et... *op cit.* Pp. 233.

monográfico sobre los fundamentos del *ius puniendi* nacional, en el que analiza en profundidad la aplicación extraterritorial del mismo⁶⁶¹.

Se refieren a continuación varias de las ideas desarrolladas por el autor al ser ilustrativas tanto del marco contextual del que partir para realizar este análisis, como de la posible respuesta a la cuestión planteada.

Ambos comienza aludiendo al principio de no intervención recogido en el artículo 2.1. de la Carta de Naciones Unidas, que regula las relaciones entre los Estados. En este marco, subraya la importancia de notar que la intervención que un Estado puede hacer en el territorio de otro Estado a través del ejercicio de su jurisdicción debe estar basada en el derecho internacional y regulada por el mismo:

“(...) con el reconocimiento de la igualdad de los Estados, los conflictos derivados de la superposición de ámbitos de soberanía sólo pueden resolverse a través de un ordenamiento jurídico supranacional o transnacional, si no se quiere que prevalezca la ley del más fuerte, es decir, la del Estado nacional más poderoso. Partimos, por tanto, de una *competencia-sobre-la-competencia del derecho internacional*⁶⁶²”.

Pero, se pregunta el autor, ¿cómo se compatibiliza la extensión del *ius puniendi* más allá de las propias fronteras con el principio de no intervención? La respuesta exige un examen compuesto por dos fases:

1. En primer lugar, “se comprueba si el caso de referencia muestra una especial relación de afinidad o un contacto suficiente con el Estado que pretende ejercer el *ius puniendi*, o (...) si existe un punto de conexión suficiente⁶⁶³”.

2. Una vez verificada la conexión, debe responderse la siguiente pregunta: ¿se opone a la extensión del *ius puniendi* legitimada por un punto de conexión abstracto, una expresa prohibición jurídico internacional?

Citando el principio de la moderación y limitación en el ejercicio extraterritorial del *ius puniendi* formulado por el juez Fitzmaurice en el caso Barcelona Traction, Ambos contesta en los siguientes términos:

“(...) es necesario una ponderación de los intereses de Estado y soberanía afectados, que ha de resolverse en el sentido de un *mandato de optimización jurídico-internacional* semejante al principio jurídico-constitucional de concordancia en relación a otros Estados, sólo en la medida en que sea *necesario* para no vulnerar de modo indebido sus intereses. Se da una violación indebida cuando el interés del Estado lesionado en su soberanía es prevalente respecto al del Estado que pretende ejercitar su *ius puniendi* extraterritorialmente, con lo que tal ejercicio implica una intervención inadmisibles en los asuntos internos del Estado afectado”.

⁶⁶¹ AMBOS, K., “Los fundamentos del *ius puniendi* nacional; en particular, su aplicación extraterritorial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, núm. 119, mayo-agosto de 2006, pp. 267-293.

⁶⁶² *Id.* p. 270

⁶⁶³ *Id.*

Hasta aquí el marco jurídico general para el ejercicio extraterritorial del *ius puniendi* para cualquier tipo de delito. El autor pasa seguidamente a desarrollar todos y cada uno de los títulos habilitantes para el ejercicio de la jurisdicción en el ámbito del derecho internacional⁶⁶⁴.

Pero, ¿cuál es la regulación y la fundamentación de la extraterritorialidad jurisdiccional aplicable cuándo estamos hablando de las más graves violaciones de derechos humanos?

Dejando al margen el principio de jurisdicción universal para el enjuiciamiento de los más graves crímenes internacionales, por las dificultades prácticas a las que se enfrenta y que ya han sido objeto de análisis, hay un título habilitante cuya configuración, a pesar de no estar pensada para ser aplicada de manera exclusiva a estos crímenes, cumple con las exigencias de erradicación de la impunidad en este ámbito. Se trata del principio de la justicia criminal supletoria o principio de representación y viene a articular, en forma de principio, la obligación de extraditar o juzgar. Así, la pregunta formulada aquí queda respondida en términos generales a través del análisis anterior, y sus términos concretos se acaban de definir en la descripción que del concepto y fundamentación de este principio, nos ofrece Ambos:

“(...) si el concepto de justicia criminal *supletoria* se toma en serio, el Estado que capturó o enjuició ejerce el *ius puniendi* por *representación*, es decir, en cumplimiento de la voluntad del Estado del lugar del hecho o Estado de origen. Una representación eficaz desde un punto de vista jurídico-internacional presupone más que la mera viabilidad de la extradición y la *subsidiariedad* respecto al Estado del lugar del hecho o Estado de origen que de ella (de hecho) deriva. Pues, éste puede en efecto renunciar a la persecución penal, sin mostrarse por ello conforme con la persecución en el Estado que lo capturó. Tampoco el requisito de la idéntica punibilidad en el lugar del hecho aclara nada sobre la voluntad real de persecución de ese Estado. Para verificar que existe y, en consecuencia, se está ejerciendo en realidad el *ius puniendi* de modo supletorio en nombre del Estado propiamente *competente*, es preferible obtener su *consentimiento*. El Estado del lugar del hecho tiene que transferir su *ius puniendi* originario al Estado que capturó al autor, posibilitando que ejerza un *ius puniendi derivado*. Se trata por tanto de una “extensión del *ius puniendi derivado*”, de un “complemento subsidiario del *ius puniendi* extranjero”. El principio no proporciona ningún punto de conexión idóneo para la aplicación del derecho penal, sino que implica la colaboración entre el Estado que captura y el del lugar del hecho, configurando un *modelo de cooperación* que recuerda más a la asistencia judicial que a una extensión unilateral del *ius puniendi*. (...) Con este fondo se excluye también una violación del *principio de no intervención*: si el Estado propiamente competente está de acuerdo en que otro Estado ejerza en su representación el *ius puniendi*, no puede en razón de dicha conformidad existir una intromisión en su derecho de soberanía⁶⁶⁵”.

⁶⁶⁴ A efectos estrictamente recordatorios, estos son: principio de territorialidad, principio del efecto, principio del pabellón, principio de personalidad activa, principio de personalidad pasiva, principio real, principio de jurisdicción universal y el principio de justicia penal supletoria o de representación.

⁶⁶⁵ *Id.* Pp. 289-290

5.3.3. El *aut dedere aut judicare* como expresión razonable del principio de jurisdicción universal

La estrecha conexión entre el principio de jurisdicción universal y la obligación de extraditar o juzgar es incuestionable. Esta idea ha sido sintetizada de manera muy ilustrativa por el profesor Jose Manuel Gómez-Benítez que ha afirmado que “el Derecho internacional desarrolló el principio *aut dedere aut judicare* como expresión razonable de la jurisdicción universal, de tal forma que si el Estado en el que se encuentra el responsable no persigue los crímenes internacionales sometidos al principio de jurisdicción universal, los demás pueden y deben hacerlo solicitando la extradición, en cuyo caso aquél tiene la obligación internacional de concederla⁶⁶⁶”.

Precisamente a la luz de tan estrecho vínculo resultan particularmente interesantes los puntos presentados por la magistrada Van Wyngaert en su opinión disidente en el caso de la Orden de Detención, que enfrentó a la República Democrática del Congo con Bélgica. La jurista presenta una serie de argumentos basados tanto en la legislación y práctica nacional como en la interpretación de los instrumentos convencionales para sostener dos premisas: a) El derecho internacional no prohíbe la jurisdicción universal para crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad; y b) El derecho internacional claramente permite la jurisdicción universal para estos crímenes.

Entre los primeros, la magistrada sostiene que no existe ninguna norma convencional que afirme que la jurisdicción universal *in absentia* esté prohibida. Así, critica la interpretación que en sentido contrario hace la República Democrática del Congo para los crímenes de guerras regulados en los Convenios de Ginebra en tanto que ignora la interpretación teleológica de los mismos, cuyo objetivo no es el de restringir la jurisdicción de los Estados para los crímenes de derecho internacional. También niega la existencia de una norma consuetudinaria en este sentido reconociendo que, aunque existan legislaciones nacionales que exijan la presencia del acusado en el territorio, también existen ejemplos en sentido contrario⁶⁶⁷. Argumenta que una actuación negativa de un Estado consistente en no abrir un procedimiento penal no puede ser vista, en sí misma, como prueba de la existencia de una *opinio iuris*⁶⁶⁸.

La segunda premisa se apoya fundamentalmente en el reconocimiento convencional de la jurisdicción extraterritorial para los más graves crímenes

⁶⁶⁶ GÓMEZ-BENÍTEZ, J.M., “Complementariedad de la Corte Penal Internacional y jurisdicción universal...*op. cit.* pp. 41. Entre la autoridades académicas que han coincidido en calificar de “irracional” este principio, cabe citar a Von Liszt, que afirmó que se trataba de un principio científicamente insostenible y prácticamente irrealizable; a Binding, que lo calificó de absurdo y a Jiménez de Asúa, que lo consideró como “inaplicable como doctrina absoluta”, citados en JAÉN VALLEJO, M., *Legalidad y extraterritorialidad...op cit.* p. 94.

⁶⁶⁷ Opinión disidente de la jueza Van Den Wyngaert, Orden de Detención de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), I.C.J. Reports 2002, párrs. 54-55.

⁶⁶⁸ En tanto que la decisión en estos casos suele venir condicionada por razones políticas y prácticas, la magistrada rechaza la hipótesis de que se pueda inferir una *opinio iuris* sobre la existencia de una norma de derecho internacional contraria a la aplicación del principio de jurisdicción universal en los casos en los que el acusado no esté presente en el territorio del Estado. *Id.* párr. 56

internacionales. Así, la jueza se refiere a la Convención sobre el Genocidio, que reconoce a los Estados jurisdicción extraterritorial, lo cual ha sido ya confirmada por el TIJ⁶⁶⁹ y al IV Convenio de Ginebra, cuyo artículo 146 incorpora el *aut dedere aut judicare* para los crímenes de guerras cometidos contra civiles⁶⁷⁰.

Abordar la naturaleza jurídica del principio de jurisdicción universal excede con creces el ámbito de la presente investigación⁶⁷¹. Sin embargo, dada la estrecha conexión e influencia recíproca que existe entre ambas figuras, se ha estimado conveniente abordar, aunque sea superficialmente, su alcance y contenido. Hemos de concluir, a la luz del análisis realizado, que no existe aún consenso universal acerca de la naturaleza jurídica del principio de jurisdicción universal, a pesar de la existencia, en la doctrina⁶⁷², de sólidos desarrollos que sostienen el carácter de costumbre internacional de este principio en relación a los más graves crímenes internacionales⁶⁷³.

⁶⁶⁹Aplicación de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia), Objeciones preliminares, sentencia, I.C.J. Reports 1996 (II), p. 616, párr. 31: "It follows that the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations erga omnes. The Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention".

⁶⁷⁰ *Id.*, párr. 59. Conviene notar aquí que el razonamiento esgrimido induce a error en tanto que no parece hacer distinción entre el principio de jurisdicción universal y la obligación de extraditar o juzgar, lo cual tal y como se ha puesto ya de manifiesto, resulta a estas alturas un indispensable paso previo para análisis de cualquiera de las dos herramientas jurídicas. Además, tal y como afirma el Presidente Guillaume en su opinión particular en este mismo caso, del análisis convencional no es posible esgrimir la aplicabilidad del principio de jurisdicción universal *in absentia* ya que el sistema jurisdiccional consagrado en los numerosos tratados firmados desde el Convenio de la Haya sobre secuestro de aeronaves de 1970, lo que vienen a reconocer es la obligación de extraditar o juzgar, cuyo pilar es la presencia del acusado en el territorio. Opinión particular del Presidente Gilbert Guillaume, Orden de detención de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), I.C.J. Reports 2002, párr. 9.

⁶⁷¹ Pueden contarse por cientos los trabajos publicados entre artículos, monografías y tesis doctorales sobre esta cuestión procedentes tanto del mundo académico como de las organizaciones no gubernamentales especializadas en la justicia universal. Pueden citarse, simplemente a modo de ejemplo, las siguientes publicaciones: JOYNER, C.C., "Arresting Impunity: the Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability", *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, 1996; SADAT, L., "Redifining Universal Jurisdiction" *New England Law Review*, vol. 35, 2001; TOMUSCHAT, C., *The Duty to Prosecute Crimes Committed by Individuals*, en H.J. Cremer et al. (eds.), *Tradition and Wletoffenheit des Rechts*, Festschrift für Helmut Steinberger (Springer, Berlin, 2002); BROOMHALL, B., "Towards the Development of an Effective System of Universal Jurisdiction for Crimes under International Law", *New England Law Review*, vol. 35, núm. 2, 2000/2001; MARTÍN MARTÍNEZ, M., "Jurisdicción Universal y Crímenes Internacionales", *U. Miami International & Comparative Law Review*, 2000-2001, p. 171; SIMON, J.M., "Jurisdicción universal. La perspectiva del Derecho Internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 4, 2001; SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; MÁRQUEZ CARRASCO, C., MARTÍN MARTÍNEZ, M., "El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro," *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 251-307; OLLÉ SESE, M., *Justicia universal para crímenes internacionales...op cit.*

⁶⁷² SADAT, L., "Redifining Universal Jurisdiction", *New England Law Review*, vol. 35, 2001, p. 244.

⁶⁷³ Es indudable que la constatación de un consenso universal acerca de la naturaleza jurídica del principio de jurisdicción universal facilitaría enormemente la tarea aquí emprendida en tanto que presentaría nuevas fuentes de las que se podrían extraer conclusiones mucho más

5.4. Análisis del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (2011).

Es oportuno comenzar este apartado con una referencia a la historia codificadora de esta cláusula alternativa⁶⁷⁴. Es interesante notar como ya en el Informe Preliminar del Relator Especial para este tema, existe un apartado (VII) que trata las “Cuestiones metodológicas”. En él, se hacen recomendaciones sobre el carácter de la información que la Comisión debería requerir a los Gobiernos con el fin de elaborar un proyecto de artículos que pudiera ser aceptado y observado por la comunidad internacional.

El plan de acción preliminar presentado por el Relator en este Informe Preliminar y consistente en 10 puntos también ha sido de gran utilidad como guía para valorar qué cuestiones han sido definidas y qué lagunas deben ser colmadas aún. En concreto, el punto 4 establece la estructura en la que se ha inspirado el presente trabajo de investigación, aunque limitado, en el marco sustantivo, al crimen de lesa humanidad:

“Teniendo en cuenta lo que se acaba de decir sobre las fuentes de la obligación de extraditar o juzgar, el tercer paso importante sería el de determinar la posición real de la obligación en el derecho internacional contemporáneo, ya sea,

- a) Como obligación dimanante exclusivamente de tratados internacionales, o
- b) Como obligación dimanante también de normas consuetudinarias teniendo en cuenta las posibles consecuencias de su naturaleza consuetudinaria.

También cabe la posibilidad de que la obligación tenga carácter mixto, cuando, por ejemplo, la extradición (*dedere*) venga impuesta por compromisos convencionales mientras que el juicio (*judicare*) se funde en normas consuetudinarias (o viceversa)⁶⁷⁵”.

sólidas, especialmente en relación al contenido de la *opinio iuris* en el *aut dedere aut judicare*. A falta de este acuerdo universal, pueden utilizarse en este sentido algunos materiales producidos en el seno de la Sexta Comisión de la AG a raíz de un estudio recientemente iniciado a petición de la República de Tanzania en 2009 sobre el alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal (Solicitud de inclusión de un tema adicional en el programa del sexagésimo tercer período de sesiones. Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal. Carta de fecha de 29 de junio de 2009 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de la República Unida de Tanzania ante las Naciones Unidas, Doc A/63/237/Rev. 1 de 23 de julio de 2009). Por el momento, se han recibido informes de 21 Estados sobre esta cuestión. Entre los Estados que han remitido informaciones se encuentra España. Para un resumen detallado de la historia de esta iniciativa y de los avances realizados e informaciones recibidas véase el resumen redactado por la Sexta Comisión de las Naciones Unidas.

⁶⁷⁴ Sobre la importancia del esfuerzo codificador en el ámbito del derecho internacional, véase DÍAZ BARRADO, C., “La necesidad de la codificación en el Derecho Internacional Público”, *REDI*, vol. 47, núm.1, 1995, pp. 33-54.

⁶⁷⁵ Comisión de Derecho Internacional. Informe Preliminar...supra nota al pie 613, párr. 61

A raíz de este primer Informe, la Comisión, en su 58º período de sesiones, decidió solicitar a los Gobiernos que presentaran información sobre su legislación y práctica relativas a la obligación de extraditar o juzgar. En marzo de 2007, siete eran los Estados que habían enviado observaciones por escrito: Austria, Croacia, Japón, Mónaco, Qatar, Reino Unido y Tailandia. Este número aumentó en abril de 2007 con la remisión de información por parte de Chile, Irlanda, Líbano, Méjico, Eslovenia, Suecia, Túnez, Estados Unidos, Letonia, Serbia, Sri Lanka, Kuwait y Polonia. En mayo de 2008, cuatro Estados más habían enviado sus respuestas: Guatemala, Mauricio, Países Bajos y la Federación Rusa. El número actualizado de Estados que han remitido sus informes sigue resultando insuficiente (29 a día de hoy), siendo las últimas contribuciones las de Argentina, Bélgica, Canadá, Sudáfrica y Yemen en marzo de 2009.

A los Estados se les pidió información sobre:

- Tratados internacionales que vinculan al Estado y contienen la obligación de extraditar o juzgar, y reservas formuladas por el Estado para limitar el alcance de esa obligación;
- Normas jurídicas internas, aprobadas y aplicadas por el Estado, incluidas las disposiciones constitucionales, el código penal y el código de procedimiento penal, relacionadas con la obligación de extraditar o juzgar;
- Práctica judicial del Estado que refleja la aplicación y el alcance del principio de jurisdicción universal y de la obligación *aut dedere aut judicare*, o su no aplicación;
- Delitos y crímenes a los que la legislación o la práctica del Estado aplican el principio de jurisdicción universal y la obligación *aut dedere aut judicare*;
- Obstáculos que dificultan la aplicación por el Estado en los foros nacionales e internacionales de los principios de jurisdicción universal y *aut dedere aut judicare*⁶⁷⁶.

Un año después, en virtud de la Resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007⁶⁷⁷, las cuestiones sobre las que se requería información a los Estados se ampliaron, solicitándose también información sobre si los Estados consideraban la obligación de extraditar o juzgar como una obligación de carácter consuetudinario, y en tal caso, se solicitaba que definiesen en qué medida se consideraban obligados.

A través de las respuestas a estas cuestiones, el Relator busca averiguar cuál es la consideración de la naturaleza de la obligación de extraditar o juzgar por parte de los actores estatales.

Ha sido ya puesto de manifiesto que el escaso número de informes recibidos por parte de los países, ha determinado que el Proyecto de Artículos

⁶⁷⁶ Informe Preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), 2006, p.19, UN Doc. A/CN.4/571.

⁶⁷⁷ Con referencia al Informe de la Sexta Comisión de la AG sobre el trabajo de la 59º sesión de la CDI, sesión 62º, Suplemento nº 10 (A/62/10), párr. 365-366.

Codificadores de esta obligación jurídica propuesto por el Relator, se haya apoyado en gran parte en las opiniones expresadas por las delegaciones de los Gobiernos en la Sexta Comisión cuando se debatían estas cuestiones.

Tras el tercer Informe, presentado el 10 de junio de 2008, la Comisión decidió establecer un Grupo de Trabajo sobre el tema, presidido por Alain Pellet. Este Grupo elaboró un marco general de trabajo para que la Comisión examinara el tema en 2009 y se basó, para la elaboración de su cuarto Informe, tanto en este marco como en el examen de las convenciones multilaterales que podían resultar pertinentes para la labor de la CDI sobre el tema⁶⁷⁸.

La información recibida y las investigaciones llevadas a cabo durante estos cinco años (2006-2011) han permitido al Relator Especial proponer, en el cuarto Informe de 2011, cuatro proyectos de artículos para la codificación de esta obligación jurídica:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación

El presente proyecto de artículo se aplicará a la creación, el contenido, el funcionamiento y los efectos de la obligación alternativa de los Estados de extraditar o juzgar a las personas bajo su jurisdicción”.

Conviene repasar las alternativas que fueron contempladas por el Relator antes de optar por esta versión final del primer proyecto de artículo, en tanto que a través de ellas se aborda uno de los debates más controvertidos sobre el alcance y contenido de la obligación. Así, en el tercer Informe de 2009, el Relator, sobre la base de los comentarios de las delegaciones de los Estados en la Sexta Comisión, propuso una versión alternativa del proyecto del artículo 1:

“El presente proyecto de artículo se aplicará a la creación, el contenido, el funcionamiento y los efectos de la obligación jurídica de los Estados de extraditar o juzgar a las personas (bajo su jurisdicción) (que se encuentren en el territorio del Estado de detención) (que se encuentren bajo el control del Estado de detención)”.

La decisión de optar por la primera de las alternativas no es, en absoluto, inocua. El término “bajo su jurisdicción” abre la puerta a una concepción amplia de la competencia del Estado que permite incluir la jurisdicción universal⁶⁷⁹. Al

⁶⁷⁸ Comisión de Derecho Internacional, Examen de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)”, 62º período de sesiones, 18 de junio 2010, Doc. A/CN.4/630. Consultado el 21/05/2013

⁶⁷⁹ Esta concepción amplia ha sido también defendida por Amnistía Internacional que en su Informe de 2010 sobre la jurisdicción universal afirmó que “Conforme a la obligación conexa de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) el Estado tiene el deber, bien de ejercer su jurisdicción respecto de una persona sospechosa de haber cometido ciertas categorías de crímenes (lo que necesariamente implicaría el ejercicio de la jurisdicción universal en ciertos casos), bien de extraditar a la persona a un Estado que tenga la capacidad y la voluntad de juzgarla o de entregarla a un tribunal penal internacional con jurisdicción sobre el sospechoso y el delito” (traducida del inglés). Amnistía Internacional, “II. Two related but distinct rules: universal jurisdiction and the obligation to extradite or prosecute (*aut dedere aut judicare*)”, en *Universal jurisdiction, UN General Assembly should support this essential international justice tool*, 2010. Pp. 10. Consultado el 21/05/2013. Por otro lado, existen pronunciamientos en el ámbito del derecho internacional que confirman que el principio de jurisdicción universal no exige la

optar por esta formulación, el Relator ha querido mantener la posibilidad de que un Estado que reconozca el principio de jurisdicción universal para los más graves crímenes internacionales, pueda afirmar su competencia para conocer de estos delitos mediante la aplicación de la obligación de extraditar o juzgar, sin exigir una conexión territorial con el supuesto. Esta interpretación, quizá expansiva, del proyecto de artículo 1 desvirtúa el propio fundamento de la obligación de extraditar o juzgar, cuya fuerza legitimadora, como se ha venido analizando, reside precisamente en el requisito de la presencia del acusado en el territorio del Estado. Esta es la característica que la diferencia del principio de jurisdicción universal y que la convierte en una herramienta más útil y realista, en tanto que introduce un elemento de objetividad que permite sortear los más que conocidos obstáculos políticos a los que ha tenido que enfrentarse el principio de jurisdicción universal y que han logrado reducir su eficacia hasta convertirlo en un instrumentos casi anecdótico⁶⁸⁰.

“Artículo 2

Obligación de cooperar

1. Con arreglo al presente proyecto de artículos, los Estados cooperarán entre sí y con los tribunales internacionales competentes, según corresponda, en la lucha contra la impunidad en lo que respecta a los crímenes y delitos de trascendencia internacional.

2. Con esa finalidad, los Estados aplicarán, donde y cuando sea posible, y de conformidad con el presente proyecto de artículos, el principio de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)”.

Con este segundo proyecto de artículo, el Relator ha querido referirse a uno de los principios internacionales que subyacen a la cristalización de la obligación de extraditar o juzgar: la obligación de los Estados de cooperar en la lucha contra la impunidad⁶⁸¹. Este artículo vino a sustituir a la propuesta

presencia del acusado en el territorio, afirmación que interpretada en negativo puede apoyar la tesis aquí defendida de que esta es precisamente la característica que la distingue del *aut dedere aut judicare*. Véase Opinión disidente de la jueza Van Den Wyngaert, Orden de Detención de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), I.C.J. Reports 2002, párr. 53.

⁶⁸⁰ Estando en manifiesto desacuerdo con esta elección del Relator que ya en el tercer informe se perfilaba como la favorita del Relator, las delegaciones de los Estados en la Sexta Comisión, tras el tercer informe, exhortaron al Sr. Galicki “a seguir examinando la condición de que el presunto culpable deba encontrarse “bajo (la) jurisdicción” del Estado; a este respecto, se propuso que el proyecto de artículos hiciera referencia a las personas que se encontraban en el territorio del Estado de detención o bajo su control”. Véase Comisión de Derecho Internacional, 60º período de sesiones, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 59º período de sesiones (2007), Resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo segundo período de sesiones, 24 de enero de 2008, Doc. A/CN.4/588, párr. 172.

⁶⁸¹ Para profundizar sobre esta cuestión véase el apartado “A. La obligación de cooperar en la lucha contra la impunidad”, del cuarto informe que hace un recorrido por las manifestaciones de este principio en los distintos instrumentos internacionales, Comisión de Derecho Internacional, 63º período de sesiones, Cuarto informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 31 de mayo de 2011, Doc. A/CN.4/648. Véase también el capítulo IV de esta obra para un estudio más exhaustivo sobre la impunidad.

original de artículo 2, dirigido a aclarar el significado de las expresiones utilizadas⁶⁸².

“Artículo 3

El Tratado como fuente de la obligación de extraditar o juzgar

1. Todo Estado está obligado a extraditar o juzgar a los presuntos culpables de un delito si dicha obligación está prevista en un tratado en el que el Estado sea parte.
2. El derecho interno del Estado parte contemplará las condiciones concretas para el ejercicio de la extradición o el enjuiciamiento, de conformidad con el tratado que establezca esa obligación y los principios generales del derecho penal internacional”.

Esta tercera propuesta viene a reconocer, en su primer apartado, el carácter obligatorio de la obligación jurídica de extraditar o juzgar cuando la misma esté incluida en un tratado que haya sido ratificado por un Estado. Esta articulación del carácter vinculante que para un Estado tienen los instrumentos internacionales ratificados por el mismo, sorprende por su redundancia, que sería aún más pronunciada si el ámbito material de aplicación de estos principios se circunscribiera a los más graves crímenes internacionales⁶⁸³.

El segundo apartado persigue un objetivo mucho más claro. Tal y como explica el Relator Especial, “(...) teniendo en cuenta la variedad y diversidad de disposiciones relativas a la obligación en cuestión que figuran en los tratados concretos (véanse los párrafos 43 a 69 *supra*), parecería útil añadir un segundo párrafo referido al cumplimiento y aplicación de esa obligación en la práctica por parte de los distintos Estados (...)”⁶⁸⁴.

⁶⁸² La redacción original de este artículo rezaba como sigue:

“Artículo 2. Términos empleados.

1. A los fines del presente proyecto de artículos:
 - a. Se entiende por “extradición”
 - b. Se entiende por “enjuiciamiento”
 - c. Se entiende por “jurisdicción”
 - d. Se entiende por “personas bajo jurisdicción”
2. Las disposiciones del párrafo 1 sobre los términos empleados en el presente proyecto de artículos se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar (en otros instrumentos internacionales o) el derecho interno de cualquier Estado”.

De haberse incluido este artículo, se habría aclarado el significado de la expresión “personas bajo jurisdicción”, lo cual habría servido bien para confirmar o para desmentir la inclusión de la jurisdicción universal en la obligación jurídica objeto de esta investigación. Sin embargo, por razones que no se explican, en el cuarto informe el Relator da un giro de 180º al artículo 2 para proponer el enunciado analizado.

⁶⁸³ En este caso no sólo se habría reiterado la naturaleza obligatoria del contenido de cualquier instrumento convencional ratificado, de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Doc NU. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331) sino que además se estaría reiterando la vigencia de la obligación alternativa de extraditar o juzgar que se desprende de la naturaleza de *ius cogens* de la prohibición de las más graves violaciones de derecho internacional. Véase sentencia citada TPIY, Fiscal c. Furundzija...*op cit*.

Así, a través de esta disposición se delega en los Estados la responsabilidad de definir el contenido y alcance de esta obligación a la luz de una interpretación individual y teleológica de cada tratado, realizada de conformidad con los principios generales del derecho penal internacional⁶⁸⁵.

“Artículo 4.

La costumbre internacional como fuente de la obligación *aut dedere aut judicare*

1. Todos los Estados tienen la obligación de extraditar o juzgar a un presunto delincuente si esa obligación deriva de las normas consuetudinarias del derecho internacional.

2. Esa obligación puede proceder, en particular, de las normas consuetudinarias del derecho internacional relativas a (las violaciones graves del derecho internacional humanitario, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra).

3. La obligación de extraditar o juzgar surgirá de toda norma imperativa de derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados (*ius cogens*), en forma de tratado internacional o de costumbre internacional, que tipifique cualquiera de los actos enumerados en el párrafo 2”.

A los efectos de esta investigación, el proyecto de artículo 4 es, sin duda, el más interesante de todos. La forma en la que se insinúa en el apartado 2 la posibilidad de inferir el carácter consuetudinario de esta obligación alternativa de la regulación internacional de los más graves crímenes internacionales es tremendamente sugerente por varias cuestiones: por un lado, insinúa la conveniencia de limitar, al menos en este estadio inicial de su consolidación, el alcance material de esta cláusula a las más graves violaciones de derecho internacional⁶⁸⁶; por otro lado, da luz verde a la posibilidad de deducir la

⁶⁸⁴ Comisión de Derecho Internacional, 63º período de sesiones, Cuarto informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (auto dedere aut judicare), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 31 de mayo de 2011, Doc. A/CN. 4/648, párr. 71.

⁶⁸⁵ El Relator ha enumerado en este Cuarto Informe las 4 clasificaciones más relevantes de los tratados internacionales que contienen esta obligación alternativa. Por orden cronológico, la primera fue la realizada por los expertos iusinternacionalistas Cherif Bassiouni y Edward Wise en el primer trabajo monográfico sobre el *aut dedere aut judicare*, publicado en 1995 (BASSIOUNI, M.C; WISE, E.M., *Aut dedere....op.cit.*); la segunda fue realizada por Amnistía Internacional, que a mediante una profunda investigación sobre el principio de jurisdicción universal cubre el análisis de todos los tratados que contienen esta cláusula aprobados entre 1929-2000. En 2009, incorporaría un memorando de actualización consagrado exclusivamente a la citada obligación jurídica; la tercera clasificación tiene como autora a Claire Mitchel e incluye el análisis de 30 convenciones multilaterales y 18 instrumentos regionales. (MITCHELL, C., “*The Aut Dedere....*”, *op.cit.*); por último, se destaca la clasificación más reciente, la realizada por la Secretaría de la CDI en junio de 2010 (A/CN.4/630). Este estudio identifica hasta 61 instrumentos multilaterales que contienen disposiciones que combinan la extradición y el enjuiciamiento con métodos alternativos para el castigo de los condenados. La cuestión del alcance y efectos de la variedad de fórmulas adoptadas en los instrumentos internacionales que contienen esta obligación será abordada en profundidad en el siguiente capítulo.

⁶⁸⁶ A pesar de que el Relator realiza, al final del informe, una aclaración que puede exigir una interpretación más flexible de lo enunciado: “*La lista de crímenes y delitos que figura en el párrafo 2 parece seguir abierta y sujeta a ulterior examen y debate*”, Comisión de Derecho Internacional, 63º período de sesiones, Cuarto informe sobre la obligación de extraditar o juzgar

naturaleza consuetudinaria de esta obligación de la propia consideración jurídica internacional de las normas que prohíben estos crímenes internacionales.

(auto dedere aut judicare), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 31 de mayo de 2011, Doc. A/CN. 4/648, párr. 96.

VI. EL *AUT DEDERE AUT JUDICARE* COMO OBLIGACIÓN CONVENCIONAL

6.1. La inexistencia de un Convenio internacional de prohibición del crimen de lesa humanidad

Las fuentes de la obligación internacional están recogidas en el artículo 38.1. del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en los siguientes términos:

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59”.

Respetando el orden que nos propone la CIJ, si queremos resolver la incógnita de la naturaleza jurídica del *aut dedere aut judicare*, la primera duda que debemos despejar es la siguiente: ¿es la obligación de extraditar o juzgar en relación al crimen de lesa humanidad una obligación de carácter convencional?

A la pregunta formulada, hemos de responder aquí con una tajante negativa. A pesar del constatado carácter de *ius cogens* del que goza la prohibición de los más graves crímenes internacionales, no existe, a día de hoy, un Tratado o Convenio internacional que articule de manera específica esta prohibición, y que, como el Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio o los Convenios de Ginebra de 1949, establezca el marco jurídico que debe utilizarse para la calificación, enjuiciamiento y castigo de este crimen internacional. Evidentemente, tampoco esto ha sido objeto de regulación en instrumentos regionales o en tratados bilaterales de extradición.

La doctrina, por su parte, viene denunciando esta laguna desde principios de los 90⁶⁸⁷, coincidiendo con el establecimiento de los tribunales *ad hoc*, creados para el enjuiciamiento de las atrocidades cometidas durante la guerra de los Balcanes y la guerra civil en Ruanda⁶⁸⁸. Sin embargo, el primer esfuerzo firme

⁶⁸⁷ BASSIOUNI, C., “Crimes Against humanity. The need for a specialized Convention”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 31, 1993, p. 457.

⁶⁸⁸ Si bien es cierto que los Estatutos de estos tribunales incorporan el crimen de lesa humanidad como tipo autónomo y establecen el marco jurídico para su enjuiciamiento, basado en la primacía de la jurisdicción del tribunal internacional, no debemos olvidar que estos Estatutos, y por consiguiente, la creación de estos órganos judiciales *ad hoc* fueron aprobados por el Consejo de Seguridad actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (Acción en casos de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión). A diferencia del Estatuto de Roma, que es un tratado multilateral en sentido estricto, los instrumentos reguladores de los dos tribunales *ad hoc* fueron aprobados mediante

realizado por parte de la doctrina para colmar este vacío no se concreta hasta 2009, cuando, bajo la dirección de Leila Nadya Sadat, despegó el proyecto “Crimes Against Humanity Initiative”, en el seno del Instituto de Derecho “Whitney R. Harris” de la Universidad de Washington. La finalidad de este proyecto, que culminó en 2011, era estudiar los problemas inherentes a la figura de los crímenes contra la humanidad y proponer un borrador de Convenio que regulara su prevención y castigo⁶⁸⁹.

La elección de los términos para la formulación de la pregunta y su contundente respuesta negativa nos lleva a abordar el análisis de los instrumentos multilaterales y regionales desde un enfoque innovador, que pasa por apartarse de las existentes propuestas sistematizadoras de los convenios y tratados que han incorporado esta obligación alternativa a su texto⁶⁹⁰, entre las que destaca el Estudio de la Secretaría de las Naciones Unidas de 18 de junio de 2010⁶⁹¹.

resolución del Consejo de Seguridad. Tampoco gozaron de carácter de convenio multilateral, como es bien sabido, la Carta de Londres (que fijó los principios que regirían los Juicios de Núremberg) y la Carta del Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente (por la que se regirían los Juicios de Tokio).

⁶⁸⁹ Para una documentada historia del proceso de gestación de esta Convención véase el Apéndice III de la obra: “A Comprehensive History of the Proposed International Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity”. Este trabajo va a representar una fuente de estudio muy importante en esta sección de la investigación. “Forging a Convention for Crimes Against Humanity”, ed. por Leila Nadya Sadat, Cambridge University Press, 2011. Esta Propuesta de Convención será estudiada en profundidad en el último de este mismo capítulo.

⁶⁹⁰ Sin que ello implique, por supuesto, dejar de reconocer el gran valor que estas propuestas clasificatorias han tenido para el desarrollo del contenido de la obligación alternativa. De entre todos los esfuerzos de clasificación de instrumentos convencionales, deben destacarse aquí tres, por ser los trabajos de referencia en este ámbito. En primer lugar, encontramos la propuesta de los académicos Cherif Bassiouni y Edward Wise, formulada en el que se ha consagrado como el primer trabajo monográfico sobre el *aut dedere aut judicare*. (BASSIOUNI, M.C.; WISE, E.M., *Aut Dedere Aut Judicare...op cit.* La clasificación propuesta por estos autores se basa en una división sustantiva, se separan por delitos; Más de diez años tuvieron que pasar para que se publicara otro trabajo dirigido al análisis de esta obligación jurídica. Esta tarea fue acometida por Claire Mitchell, una investigadora del Graduate Institute de Ginebra. La autora divide los tratados a analizar en dos grandes grupos: tratados multilaterales y convenios de extradición. (MITCHELL, C., *Aut Dedere, aut Judicare...op cit.*). Casi simultáneamente, Amnistía Internacional, publicaba su informe sobre la obligación de extraditar o juzgar. (Amnistía Internacional, Comisión de Derecho Internacional. La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), Madrid, 2009). Si se ha optado por no incluir estas clasificaciones en el cuerpo del documento es simplemente por evitar ocupar espacio repitiendo lo que ya ha sido consolidado por parte de la doctrina. Baste por ello aquí con referirse a la existencia de estos avances investigativos sin que sea necesario repetirlos. Además, tener en cuenta que en el capítulo V, al tratar la historia, se hace alusión a todos los convenios en tanto que se usan como fuentes para el análisis de la evolución de la figura.

⁶⁹¹ Esta propuesta debe ser resaltada en tanto que no se trata solo de un estudio conducido en el seno de las Naciones Unidas, desarrollado con la finalidad de “servir de ayuda a la Comisión facilitando información sobre convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para su labor futura sobre este tema”, y por tanto siguiendo las directrices marcadas por el Relator y el Grupo de trabajo, sino que es el ejercicio clasificatorio más reciente (junio 2010) y por ende, tiene en cuenta, a la hora de proponer su categorización, las sistematizaciones citadas en la nota al pie anterior. Comisión de Derecho Internacional, Examen de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)”, 62º período de sesiones, 18 de junio 2010, Doc. A/CN.4/630. Consultado el 07/06/2013.

Así, siguiendo la orientación elegida para la realización de esta investigación, la selección de los instrumentos convencionales a analizar en este epígrafe, se basará en el criterio sustantivo del ilícito que regulen. Para acometer esta tarea, sin perjuicio del reconocimiento de la existencia de otras propuestas⁶⁹², se hará uso de la clasificación formulada por el profesor Otto Triffterer en 1987, fundamentalmente por su claridad y por la autoridad que le otorga el haberla inferido de los informes nacionales de los Estados participantes en los coloquios preparatorios del XIV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal sobre “Los crímenes internacionales y el derecho penal interno”. Según este autor, existen dos categorías de crímenes internacionales: los crímenes internacionales en sentido estricto, que amenazan los valores jurídicos internacionales, tales como la paz y la integridad de la comunidad internacional, y por los que se exige una responsabilidad inmediata y directa fundada en derecho internacional; y los crímenes internacionales en sentido amplio, entendiendo por tales aquellos actos que amenazan valores inherentes a los ordenamientos jurídicos nacionales y para cuya erradicación resulta imprescindible la cooperación penal entre Estados⁶⁹³. Entre los primeros,

⁶⁹² Jiménez de Asúa (citado en OLLÉ SESE, M., *Justicia Universal...op. cit.* Pp. 186-187) propone cuatro categorías de crímenes internacionales: los delitos de persecución cosmopolita como aquellos preparados, consumados y perpetrados hasta en 3 territorios diversos o los que atenten contra intereses que en todas partes necesiten protección como la seguridad del comercio internacional, de las grandes vías de comunicación y de las relaciones monetarias y de la defensa contra los enemigos del género humano: piratería, traficantes de esclavos, mujeres y niños; delitos internacionales sensu estricto sin contenido político como la ruptura y deterioro de los cables submarinos, las infracciones en ciertas comunicaciones radioeléctricas o el entorpecimiento de las señales de salvamento; delitos propiamente internacionales de contenido político como la guerra de agresión y delitos contra la humanidad, entendidos como los definía el artículo 6 del Estatuto de Núremberg, al que añade como especial el delito de genocidio. La clasificación propuesta por Ollé Sese, por otro lado, divide los crímenes internacionales en dos categorías: crímenes de primer y segundo grado. Otros autores que han optado por una articulación no diferenciada entre los crímenes internacionales sensu stricto y sensu lato incluyen a la egipcia autoridad mundial Cherif Bassiouni. En 1980, este autor presentó un borrador de Código Penal Internacional, cuya parte especial recibió duras críticas por parte de las Naciones Unidas ya que regulaba conjuntamente los crímenes de Núremberg con crímenes como la piratería o el tráfico de drogas. Como resultado de estas críticas, Bassiouni corrigió su borrador y presentó una triple clasificación: crímenes, delitos e infracciones. El primer grupo (cuyo contenido es casi idéntico al de los crímenes internacionales sensu stricto de Triffterer incluye los crímenes de Núremberg, el uso ilegal de armas, el genocidio y el apartheid).

⁶⁹³ TRIFFTERER, O., “Rapport général. Première partie par Otto Triffterer, Les crimes internationaux et le droit penal interne”, Actes du Colloque Préparatoire tenu à Hammamet, Tunisie, 6-8 juin 1987, *Revue Internationale de Droit Penal* (Coloquio Preparatorio del XIV Congreso de Derecho Penal Internacional realizado en Viena en 1989). Esta clasificación cristalizó en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y consolidó entre la doctrina, una tendencia a distinguir entre (i) crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto (core crimes o crímenes principales, esenciales, nucleares o fundamentales, crímenes de trascendencia internacional o international crimes, y (ii) otros crímenes de trascendencia internacional. Los primeros corresponden a los crímenes internacionales en sentido estricto y los segundos, a los crímenes internacionales en sentido amplio. Entre los iusinternacionalistas que han abogado por esta clasificación cabe destacar a Ambos y a Werle (citados en OLLÉ SESE, M. *Justicia Universal...op cit.*, p.190). Triffterer, sin embargo, prefiere, entre todas las expresiones acuñadas para referirse a los crímenes más graves de trascendencia internacional el término “crimen bajo el derecho internacional” (crime under international law) porque considera que expresa con mucha claridad que la responsabilidad penal se establece directamente en aplicación del derecho internacional. Por otro lado, para aludir a los otros crímenes de trascendencia internacional, el autor prefiere la expresión

Triffterer incluye los crímenes de Núremberg (crímenes de guerra, genocidio, crimen de lesa humanidad), mientras que para los segundos no se aventura a ofrecer una lista cerrada y exhaustiva, aunque incluye entre ellos los delitos de tráfico de drogas, la falsificación de moneda, la esclavitud, el tráfico de personas y el secuestro de aeronaves⁶⁹⁴.

En tanto que este trabajo se circunscribe a un crimen internacional en sentido estricto, el crimen de lesa humanidad, sólo serán objeto de análisis aquí los tratados que, conteniendo esta cláusula procesal, regulen la prevención y sanción de crímenes internacionales subsumibles en la categoría triffteriana de crímenes internacionales *sensu stricto*. Ello incluirá tratados multilaterales y regionales.

La razón que fundamenta esta elección es que es el análisis de estos convenios lo que nos permite dotar de contenido a la propuesta de tratado internacional para la prevención y castigo de este crimen, por varias razones. Por un lado, es preciso destacar que tanto que la gravedad de los crímenes, como su carácter político juegan un papel muy importante y determinan la necesidad de diferenciar los mecanismos de cooperación penal incorporables para prevenirlos, de los mecanismos y estrategias aplicables al resto de los delitos. Por otro lado, el consenso internacional sobre las obligaciones que pesan sobre todos los Estados de “ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales⁶⁹⁵”, reflejado a través del alto número de Estados parte en el Estatuto de Roma, también encuentra numerosos apoyos en el ámbito doctrinal⁶⁹⁶. Este acuerdo, sin embargo, está circunscrito a los crímenes de competencia de la CPI, coincidentes con la categoría de crímenes internacionales en sentido estricto de Otto Triffterer⁶⁹⁷.

“crímenes transnacionales” (transnational crimes) ya que expresa que se trata de un crimen que afecta a más de un Estado e incide en la necesidad de la cooperación y la coordinación entre los mismos para lograr el enjuiciamiento. (TRIFFTERER, O., “Rapport général...*op cit.* pp. 47-48).

⁶⁹⁴ Curiosamente, en este coloquio, España y Brasil solicitan, a través de sus informes nacionales, que la piratería y el terrorismo sean también incluidas en este segundo grupo. TRIFFTERER, O., “Rapport général...*op cit.* p. 50.

⁶⁹⁵ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Preámbulo, párr. 6.

⁶⁹⁶ HALL, C.K., “The Role of Universal Jurisdiction in the International Criminal Court Complementarity System”, en Bergsmo (ed.), *Complemetarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo, 2010, p. 211; SCHABAS, W., *The International Criminal Court: A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 45; ARBOUR, L., “Will the ICC have an impact on universal jurisdiction?”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, núm. 3, 2003, pp. 587-8.

⁶⁹⁷ Se desprende, por ende, de este acuerdo que la ratificación de los instrumentos convencionales reguladores de crímenes internacionales en sentido estricto es una fuente fundamental para inferir la *opinio iuris* de los Estados de cara a determinar la existencia de una costumbre internacional. En este sentido y en tanto que el objeto de esta obra es el estudio de una cláusula procesal, es interesante traer a colación la posición que, en relación a la analogía ha sostenido el Tribunal Supremo español en el asunto Scilingo. En este caso, se afirma que en el ámbito procesal no existe la prohibición de la analogía, ya que ésta se circunscribe al ámbito sustantivo o material. Este argumento nos sirve para presentar las ratificaciones de todos los instrumentos convencionales analizados como una expresión más de la opinión y practica de los Estados hacia al reconocimiento del *aut dedere aut judicare* en relación a los crímenes de lesa humanidad. Véase FERNANDEZ LIESA, C.R., “La aplicabilidad de la costumbre internacional en el derecho penal español”, en *Justicia de transición...op cit.*, p. 89.

6.2. Instrumentos convencionales que regulan los crímenes internacionales en sentido estricto que contengan la cláusula *aut dedere aut judicare*

Se han abordado en el capítulo anterior algunos interrogantes relativos al contenido de la obligación de extraditar o juzgar. Algunas de las averiguaciones han servido para aclarar el alcance de la misma (por ejemplo, el carácter obligatorio del requisito de la presencia del acusado en el territorio como elemento configurador de la obligación alternativa) mientras que otras han evidenciado una falta de consenso respecto a cuestiones como la primacía de una u otra alternativa, habiéndose expuesto ya las razones que justifican la idoneidad de acudir al caso concreto para optar por reconocer la preferencia de una u otra alternativa⁶⁹⁸. Por consiguiente, a la vista de que la heterogeneidad se configura como característica inherente al *aut dedere aut judicare*⁶⁹⁹, se ha estimado que la clasificación de los tratados en este epígrafe debe estar guiada por un criterio que, por un lado, abrace el reconocimiento de la existencia de variaciones en la construcción de la obligación y, por otro, proporcione un análisis exhaustivo y riguroso de una de las fuentes más importantes para la determinación de la naturaleza jurídica de esta obligación: los instrumentos convencionales. Para ello, los convenios multilaterales y regionales específicamente reguladores o incluyentes de los crímenes internacionales “en

⁶⁹⁸ Véase el apartado “2.2.2. Obligación de extraditar”, del Capítulo 3. Además, la propuesta de artículo 3 del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional alude implícitamente a esta cuestión al afirmar en el apartado 2 que “El derecho interno del Estado parte contemplará las condiciones concretas para el ejercicio de la extradición o el enjuiciamiento, de conformidad con el tratado que establezca esa obligación y los principios generales del derecho penal internacional”. Véase Comisión de Derecho Internacional, 63º período de sesiones, Cuarto informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 31 de mayo de 2011, Doc. A/CN.4/648, párr. 70-71.

⁶⁹⁹ Esta afirmación ha sido ampliamente justificada en el Capítulo 3, a lo largo del apartado “2.1. Historia y evolución del concepto” y ha sido reiterada por la Secretaría de la CDI que en junio de 2010, tras el estudio de 61 instrumentos convencionales multilaterales a nivel internacional y regional, acaba proponiendo una clasificación que divide a los instrumentos en cuatro grupos en función de la articulación de la obligación: a. El Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda de 1929 y otras convenciones que siguen el mismo modelo; b. Los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional de 1977; c. Convenciones regionales de extradición y d. El Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves y otras convenciones que siguen el mismo modelo. Comisión de Derecho Internacional, Examen de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)”, 62º período de sesiones, 18 de junio 2010, Doc. A/CN.4/630. Consultado el 21/05/2013, pp. 78-79, párr. 150: “(...) las cláusulas que por lo general se califican de cláusulas que contienen una obligación de extraditar o juzgar comparten dos características fundamentales, a saber: a) el objetivo de asegurar el castigo de ciertos delitos a nivel internacional; y b) el uso, para tal fin, de un mecanismo que combina la posibilidad de enjuiciamiento por el Estado de detención y la posibilidad de extradición a otro Estado. Aparte de estas características comunes básicas, las cláusulas de esa índole que figuran en convenciones multilaterales varían mucho en cuanto a su formulación, contenido y alcance, en particular en lo que atañe a las condiciones que imponen los Estados respecto de la extradición y el enjuiciamiento y la relación que establecen entre esas dos posibles modalidades de actuación”.

sentido estricto” serán divididos en dos grupos: aquellos que incorporen la obligación de extraditar o juzgar y aquellos que no lo hagan⁷⁰⁰.

En ambos apartados, los tratados serán divididos en función de su alcance y para su estudio se seguirá un orden cronológico.

6.2.1. Instrumentos internacionales que regulan los crímenes internacionales *sensu stricto* que incorporen la cláusula *aut dedere aut judicare*⁷⁰¹

A la luz de los criterios (sustantivos y de alcance) que acotan el presente estudio y determinan la división de los instrumentos convencionales en internacionales y regionales, se ha identificado más de una decena de convenios internacionales que cumplen con los dos requisitos esenciales esbozados previamente para ser incluidos en el primer grupo:

- Su contenido material incluye la regulación de un crimen internacional en sentido estricto, es decir, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio.

⁷⁰⁰ En un principio, se valoró la posibilidad de realizar un análisis cruzado de todos los Estados para identificar qué Estados habían firmado convenios bilaterales comprometiéndose a garantizar el enjuiciamiento de los presuntos responsables de los crímenes internacionales en sentido estricto. Sin embargo, tras un estudio preliminar de la cuestión se optó por no incluir este análisis por varias razones:

1. Los tratados bilaterales entre Estados son por lo general, instrumentos de cooperación penal en sentido amplio y por ende, suelen contener remisiones generales al alcance sustantivo de los mismos (delitos cuya pena mínima sea superior a dos años), por lo que no encontraríamos tratados bilaterales que regularan la extradición atendimiento a las particulares características del crimen de lesa humanidad. Es más, generalmente encontraríamos en estos instrumentos algunas características de la extradición clásica como la no extradición por delitos políticos, que, como hemos visto en el capítulo VI, no son aplicables a los más graves crímenes internacionales.

2. Las dificultades de acceso a la fuente original en algunos casos son insalvables.

3. La posición hacia el reconocimiento convencional del *aut dedere aut judicare* en relación a los crímenes internacionales en sentido estricto y, por consiguiente, en relación al crimen de lesa humanidad, puede inferirse del análisis de las ratificaciones, reservas y declaraciones que los Estados han hecho en los ámbitos internacional y regional que hasta aquí se ha venido haciendo.

Con lo cual, el titánico esfuerzo que supondría una investigación exhaustiva de todos los tratados bilaterales que incorporaran la cláusula no sería proporcional a la modesta aportación que con ello se haría de cara a la determinación de la naturaleza jurídica de la obligación con respecto al crimen de lesa humanidad. Para consultar el último estudio exhaustivo al respecto, véase SHEARER, I., *Extradition in International Law*, Manchester, University of Manchester Press, 1970.

⁷⁰¹ Las principales fuentes consultadas para el desarrollo de este apartado han sido las bases de datos del “United Nations Treaty Collection” y la base de datos de Derecho Internacional Humanitario del Comité Internacional de la Cruz Roja. Para la ordenación de los resultados obtenidos a través del escrutinio de estos dos bancos de datos, han sido imprescindibles, por su sistematicidad y simplificación, las ya mencionadas clasificaciones de referencia en el tema que nos ocupa: la propuesta de Bassiouni, la clasificación de Claire Mitchell, el trabajo de Amnistía Internacional y el reciente trabajo de la Secretaría de la CDI. Consúltense las clasificaciones de los tratados más relevantes que contienen la obligación alternativa objeto de estudio en la nota al pie 176 (p. 81) del Cap III.

- Incorpora, como parte de los principios procesales mediante los cuales se articula el enjuiciamiento de los referidos crímenes, la obligación de extraditar o juzgar.

En el marco diseñado, y siguiendo un orden cronológico, deben destacarse en primer lugar, los cuatro **Convenios de Ginebra de 1949** que, en tanto que reguladores del Derecho Internacional Humanitario, delimitan el contenido de los crímenes de guerra y positivizan su prohibición. El enjuiciamiento de las graves violaciones de los mismos se garantiza aquí a través de la obligación de extraditar o juzgar recogida en los cuatro Convenios en idénticos términos⁷⁰². Además de reconocer esta cláusula, el contenido de este artículo, común a los cuatro Convenios, incorpora también una obligación de adecuación de la normativa interna para los Estados Parte. Estos deben “tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio”⁷⁰³.

Al año siguiente, y ya dentro del marco de hechos que pueden ser constitutivos de crímenes contra la humanidad, se aprueba el **Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1950**⁷⁰⁴, que alberga un reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar limitada a los nacionales del Estado en cuestión. En efecto, el artículo 9 recoge la obligación que pesa sobre el Estado de llevar a cabo la investigación y enjuiciamiento por la comisión de crímenes

⁷⁰² Párrafo 2: “Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante Interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes”.

⁷⁰³ Lo cual puede interpretarse como un seguro contra el rechazo de la aplicación directa del derecho internacional. Véase el artículo 49 del I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que coreen los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el artículo 50 del II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el artículo 129 del III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra y el artículo 146 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, todos de 1949. A julio de 2013, el número de Estados Parte en estos Convenios asciende a 195, con la última incorporación de Sudán del Sur en enero de 2013. Fuente: Comisión Internacional de la Cruz Roja. Véase también el Anexo 1. Mapa de Estados Parte a los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, elaborado por la CICR en 2011. Nótese que ninguna de las reservas realizadas a los Convenios de Ginebra afectan a los artículos reguladores del *aut dedere aut judicare*. Véase, para más detalles, Amnesty Internacional, International Law Commission: the obligation to extradite or prosecute (*aut dedere aut judicare*), IOR 40(001/2009, 2009, pp. 60 y 61. Se cita la versión inglesa de este informe porque este apartado en particular no ha sido traducido para formar parte de la versión española, anteriormente citada. Para profundizar sobre los modos de implementación de estas y otras cláusulas contenidas en los Convenios véase VAN ELST, R., “Implementing Universal Jurisdiction Over Grave Breaches of the Geneva Conventions”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 13, 2000, pp. 815-854.

⁷⁰⁴ Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, Nueva York, 21 de marzo de 1950, 96 UNTS 316. Este Convenio entró en vigor el 25 de julio de 1951 y cuenta en estos momentos con 82 Estados Parte.

tipificados en este Convenio tras haber rechazado, en virtud del principio de no extradición de nacionales, la solicitud de extradición por parte de otro Estado⁷⁰⁵.

Más de veinte años después, los Convenios de Ginebra se vieron completados por el **Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977 (Protocolo I)**, que incorpora la obligación de extraditar o juzgar por remisión a la articulación de la misma en los cuatro Convenios de Ginebra⁷⁰⁶.

En 1999, se da otro importante paso en el ámbito de la lucha contra la impunidad en relación a los crímenes de guerra consistentes en la destrucción de bienes culturales durante los conflictos armados a través de la aprobación del **Segundo Protocolo de la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado** de 1954⁷⁰⁷, que reconoce, en el artículo 17.1 la referida cláusula alternativa⁷⁰⁸. Más adelante, en el artículo 20, excluye, de entre los motivos de denegación de la extradición, la excepción del delito político, en tanto que el ámbito de aplicación de este Protocolo son los crímenes de guerra⁷⁰⁹.

⁷⁰⁵ Artículo 9: “En los Estados cuya legislación no admita la extradición de nacionales, los nacionales que hubieren regresado a su propio Estado después de haber cometido en el extranjero cualquiera de las infracciones mencionadas en los artículos 1 y 2 del presente Convenio, serán enjuiciados y castigados por los tribunales de su propio Estado. No se aplicará esta disposición cuando, en casos análogos entre las Partes en el presente Convenio, no pueda concederse la extradición de un extranjero”. La única reserva realizada al artículo 9 ha sido efectuada por parte de Finlandia que se reservó el derecho a decidir si sus ciudadanos serían o no enjuiciados por un crimen perpetrado fuera del territorio de su Estado: “Finland reserves itself the right to leave the decision whether its citizens will or will not be prosecuted for a crime committed abroad to Finland's competent authority”.

⁷⁰⁶ Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo Adicional I), 8 junio 1977, 125 UNTS 3, artículo 85.1: “Las disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves, completadas por la presente Sección, son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo”. Este Protocolo, que refuerza la protección que se confiere a las víctimas de los conflictos internacionales, cuenta con 173 Estados Miembros (a fecha de 30 de mayo de 2013) y ninguna de las reservas o declaraciones realizadas por los Estados Parte afectan en modo alguno a este artículo.

⁷⁰⁷ Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado. La Haya, 26 de marzo de 1999. Este Protocolo entró en vigor el 9 de marzo de 2004 y en la actualidad ha sido ratificado por 64 Estados.

⁷⁰⁸ Artículo 17.1: “La Parte en cuyo territorio se comprobare la presencia del presunto autor de una de las infracciones enunciadas en los apartados a) a c) del párrafo 1 del Artículo 15, si no extradita a esa persona, someterá su caso sin excepción alguna ni tardanza excesiva a las autoridades competentes para que la procesen con arreglo a un procedimiento conforme a su derecho nacional o, si procede, a las normas pertinentes del derecho internacional”.

⁷⁰⁹ Este artículo también se refiere expresamente a las limitaciones que impone, en la regulación de la extradición, el respeto a los estándares internacionales de derechos humanos. Artículo 20.2: “Ninguna disposición del presente Protocolo se interpretará en el sentido de que imponga una obligación de extraditar o de prestar asistencia judicial recíproca, si la Parte requerida tiene motivos fundados para creer que la petición de extradición por las infracciones indicadas en los apartados a) a c) del párrafo 1 del Artículo 15 o la petición de asistencia judicial recíproca en relación con las infracciones del Artículo 15 se han formulado con el fin de procesar o sancionar a una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984⁷¹⁰ incorporó la cláusula *aut dedere aut judicare* como mecanismo procesal destinado a evitar que aquellos presuntos responsables de delitos de tortura quedaran impunes. Hace esto de forma reiterativa a lo largo de los artículos 5, 6 y 7 en los que, utilizando distintas construcciones gramaticales viene a articular tres veces la obligación que tiene el Estado que halle en su territorio al presunto responsable, de garantizar que el mismo responda ante la ley, bien sea mediante la extradición a un Estado que lo haya solicitado y tenga jurisdicción para ello, bien sea mediante el enjuiciamiento directo por parte del Estado requerido⁷¹¹.

El mercenarismo, a pesar de no estar incluido ni en el Estatuto de Roma ni en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad, sí puede ser considerado como subsumido en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Sin embargo, y a pesar del “aumento significativo de los contratistas militares privados desde los años 90 hasta hoy⁷¹²”, el problema principal al que se enfrenta la comunidad internacional en relación a los crímenes que estos cometen es el de la impunidad⁷¹³. Tras la Segunda Guerra Mundial, y como

políticas, o que el hecho de acceder a la petición podría perjudicar la situación de esa persona por cualquiera de esos motivos”.

⁷¹⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, 1465 UNTS 85. A 27 de junio de 2013, los Estados Parte en esta Convención suman 153.

⁷¹¹ Artículo 5.2: “Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo”; Artículo 6.1 y 6.2: “1. Todo Estado Parte en cuyo territorio se encuentre la persona de la que se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición. 2. Tal Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos”; y artículo 7.1: “1. El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”. La única matización hallada entre las reservas y objeciones a esta Convención pertenecen a Tailandia que sostiene que el artículo 5 será interpretado de acuerdo con el Código Penal Tailandés. Véase su interpretación declarativa en la base de datos de Tratados de las Naciones Unidas. También conviene destacar la declaración de los Estados Unidos que aunque no abordan las cuestiones procesales en sentido estricto, condiciona su ratificación a que los artículos 1-16 del Convenio no tengan aplicación directa. *Id.*

⁷¹² ALMQVIST, J., “Contratistas militares privados” en ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A., *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010, p. 98.

⁷¹³ *Id.*, p. 99: Esta autora, tras aclarar que no se trata de un problema de falta de criminalización en el derecho, nacional e internacional, de los actos cometidos por los contratistas, afirma que “La dificultad principal está relacionada con el estatus de los contratistas en el marco de un conflicto armado. Estamos acostumbrados, y el Derecho Internacional Humanitario nos obliga, a clasificar a las personas que están involucradas o afectadas por un conflicto atribuyéndoles derechos y obligaciones. Aunque unos contratistas

respuesta a las demandas africanas de prohibir estas fuerzas que tan sangrientamente habían participado en la contención de los procesos de descolonización, se adopta en 1989 la **Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios**, cuyos artículos 9 y 12 reconocen la obligación de extraditar o juzgar a los presuntos mercenarios que cometan violaciones de derechos humanos en el marco de un conflicto armado⁷¹⁴.

La magnitud del problema de la trata de personas y la explotación sexual de adultos y niños ha dado lugar a una proliferación de instrumentos convencionales internacionales dirigidos a buscar una mayor coordinación en la lucha contra este fenómeno. Así, tras el primer paso dado por la Convención de 1950, han sido numerosos los instrumentos internacionales que han abordado estas cuestiones, tipificando los delitos que los componen y reconociendo, de manera unánime la obligación de extraditar o juzgar como principio procesal que rellene el vacío jurídico que deriva en impunidad. En este sentido, en el año 2002 entraba en vigor el **Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000**, cuyos artículos 4.3 y 5.5. desarrollan un reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar por la que quedan vinculados los Estados firmantes en el caso de hallar en el territorio bajo su jurisdicción a un sospechoso de la comisión de alguno de los delitos comprendidos en el Protocolo⁷¹⁵.

ofrecen servicios de combate, asistencia técnica, y seguridad de objetos y personas militares, nos paramos antes de equipararles con un soldado. Además, a pesar del hecho de que no tienen uniformes y no están necesariamente integrados en las fuerzas regulares, también nos tenemos que parar un momento y reflexionar sobre si podemos simplemente considerarlos como civiles. Si no lo son, nos queda la opción de denominarles mercenarios. ¿Son mercenarios?”. El tema, que merece ser estudiado separadamente y en profundidad, ha sido extensamente abordado por la doctrina. Véanse, entre otros, KWAKWA, E., “The Current Status of Mercenaries in the Law of Armed Conflict”, *HASTINGS INT’L & COMP. L. Rev.*, vol. 14, 1990, p. 67; GREEN, L.C., “The Status of Mercenaries in International Law”, *MANITOBA L. J.*, vol. 9, 1979, p. 201; MAJOR, M.F., “Mercenaries and International Law”, *GA.J.INT’L & COMPL.*, vol. 22, 1992, p. 103; TODD S. MILLIARD, M., “Overcoming Post-Colonial Myopia: A Call to Recognize and Regulate Private Military Companies”, *MILL.L.REV.*, vol. 176, núm. 1, 2003. Entre los avances más recientes en esta cuestión cabe destacar el documento elaborado entre la Cruz Roja y expertos de 16 países afectados por este tema: *Montreaux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States related to Operations of Private Military and Security Companies during Armed Conflict*, Montreaux, 17 septiembre 2008.

⁷¹⁴ A pesar de que la obligación está recogida en términos explícitos, la baja participación en el Tratado limitan el alcance de este instrumento. A fecha de 2 de julio de 2013 solo 32 Estados han ratificado en Convenio, de los cuales ninguno ha hecho reservas o declaraciones en relación a los artículos que desarrollan la obligación de extraditar o juzgar.

⁷¹⁵ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000, aprobado el 25 de mayo de 2000 por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/54/263. Entrada en vigor el 18 de enero de 2002. Artículo 4.3: “Todo Estado Parte adoptará también las disposiciones que sean necesarias para hacer efectiva su jurisdicción con respecto a los delitos antes señalados cuando el presunto delincuente sea hallado en su territorio y no sea extraditado a otro Estado Parte en razón de haber sido cometido el delito por uno de sus nacionales”; artículo 5.5: “Si se presenta una solicitud de extradición respecto de uno de los delitos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 3 y el Estado requerido no la concede o no desea concederla en razón de la nacionalidad del autor del delito, ese Estado adoptará las medidas que correspondan para someter el caso a sus autoridades competentes a los efectos de su enjuiciamiento”. A fecha de 28/06/2013, hay 163 Estados que son parte en este Protocolo.

En esta misma línea, debe citarse la **Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000**⁷¹⁶. La incorporación de esta cláusula a esta Convención, tiene una importante repercusión en el análisis que aquí nos compete hacer, no solo por el gran número de Estados Parte sino también porque se trata de un instrumento que prohíbe y establece una regulación internacional que impide que actos que puedan ser constitutivos de crímenes internacionales en sentido estricto (en tanto que crímenes contra la humanidad), queden impunes.

En el año 2006 se aprueba por fin un instrumento internacional exclusivamente dedicado a la prevención y el castigo de una de las formas de violación de derechos humanos más graves y, por desgracia, más frecuentes del siglo XX y XXI: la **Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 20 de diciembre de 2006**⁷¹⁷. La cláusula *aut dedere aut judicare* se articula en esta Convención a lo largo de cuatro artículos diferentes, en el marco del reconocimiento de la preexistencia de una regulación en este sentido en el ámbito del derecho internacional:

“Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que dicho Estado lo extradite o lo entregue a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o lo transfiera a una jurisdicción penal internacional cuya competencia haya reconocido⁷¹⁸”.

⁷¹⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, aprobada el 15 de noviembre de 2000 por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/55/25. La referida obligación puede encontrarse desarrollada en términos exhaustivos que van desde la obligación del estado de establecer las medidas oportunas para garantizar el cumplimiento de la obligación hasta el enunciado de la obligación alternativa que tiene el Estado en cuyo territorio se halle el presunto autor de uno de los crímenes regulados, en términos explícitos en los artículos 15.3, 15.4, 16.9 y 16.10. Ha sido, a fecha de 30 de junio de 2013, ratificado por 176 Estados. Las reservas más importantes entre los Estados parte son las de Myanmar, que afirma que no se considera vinculado por las disposiciones recogidas en el artículo 16 relativos a la extradición y los Estados Unidos, que se reserva el derecho a asumir las obligaciones derivadas del Convenio de una manera coherente y respetuosa de los principios fundamentales del federalismo.

⁷¹⁷ Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 20 de diciembre de 2006, UN Doc. A/61/488. A 1 de julio de 2013, esta Convención ha sido ratificada por tan solo 39 Estados, de los cuales ninguno ha hecho declaraciones o reservas en relación a los artículos reguladores de la obligación de extraditar en el texto.

⁷¹⁸ Artículo 9.2 de la Convención. Para ver el cuadro completo de la regulación de esta cláusula en la Convención, consúltense también los artículos 10.1: “Cada Estado Parte en cuyo territorio se encuentre una persona de la que se supone que ha cometido un delito de desaparición forzada, si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas legales necesarias para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de asegurar su presencia en el marco de un procedimiento penal, de entrega o de extradición”; 11.1: “El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido un delito de desaparición forzada, si no procede a su extradición, o a su entrega a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o a su transferencia a una instancia penal internacional cuya jurisdicción haya reconocido, someterá el caso a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal”; y 11.2: “Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier delito

Por último, es imprescindible hacer alusión a dos grupos de convenios que, aunque no puedan ser subsumidos en este momento en la categoría de crímenes internacionales en sentido estricto, merecen, por su gravedad y su potencial calificación como tales, ser mencionados aquí.

Por un lado, hallamos los instrumentos internacionales sobre terrorismo. Si bien es cierto que la imposibilidad de llegar a un consenso sobre la definición de este tipo determinó que el mismo no fuera incluido entre los crímenes de competencia de la CPI⁷¹⁹, es posible afirmar que la cláusula *aut dedere aut judicare* ha estado presente en la regulación de la prevención y castigo de este delito desde que el mismo se empezó a configurar como tal⁷²⁰. En el plano internacional, esta obligación alternativa puede hallarse en la gran mayoría de los numerosos instrumentos internacionales que han abordado este tema⁷²¹.

Por otro lado, un artículo publicado recientemente en el periódico “The Guardian” y firmado por el conocido académico y juez internacional Geoffrey Robertson, alerta sobre el posible surgimiento de una nueva categoría de crímenes internacionales conectada con la amenaza nuclear⁷²².

común de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado. En los casos previstos en el párrafo 2 del artículo 9, el nivel de las pruebas necesarias para el enjuiciamiento o inculpación no será en modo alguno menos estricto que el que se aplica en los casos previstos en el párrafo 1 del artículo 9”.

⁷¹⁹ Para profundizar en la evolución del concepto de terrorismo y de los mecanismos internacionales para garantizar su enjuiciamiento véase BIANCHI, A., *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, ed. Oxford, Hart Publishing, (2004), CASSESE, A., “Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of international law”, *European Journal of International Law* Vol. 12, núm. 5, 2001, pp. 993-1001; MAURO VEGA, J., *Medidas para la eliminación del terrorismo internacional, Análisis normativo del Accionar de las Naciones Unidas Post 11-S*, Centro Argentino de Estudios Internacionales, Buenos Aires, 2005.

⁷²⁰ Véase, entre otros, COSTELLO, D., “International terrorism and the development of the principle *aut dedere aut judicare*”, *The Journal of International Law and Economics*, vol. 10, 1975, p. 483.

⁷²¹ Siguiendo un orden cronológico: Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970 (Convenio de la Haya), artículos 4.2, 6.1, 6.2 y 7; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Convenio de Montreal), artículos 5.2, 6.1, 6.2 y 7; Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil de 1988, complementario al Convenio de Montreal, artículo III; Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos de 1973, artículos 3.2 y 6.1; Convención internacional contra la toma de rehenes de 1979, artículo 5.2, 6.1 y 8.1; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 1988, artículo 6.4, 7.1, 7.2 y 10.1; Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental de 1988, artículo 3.4; Convención sobre la Seguridad del Personal de Naciones Unidas y el personal asociado de 1994, artículos 10.4, 13.1 y 14; Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997, artículos 7.4, 9.1, 9.2 y 10.1 y el Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional de 2010, artículos 8.3 y 10. Fuente: Acciones de las Naciones Unidas contra el terrorismo, Naciones Unidas y International Instruments related to the Suppression of International Terrorism, Naciones Unidas, 2008.

⁷²² ROBERTSON, G., “The UN should put North Korea in the dock at the Hague”, *The Guardian*, 7 de abril 2013: “There are two ways the security council can proceed (in respect of North Korea’s nuclear threat). (...) treat North Korea’s threat of nuclear war as a crime against humanity, and to refer its behaviour to the international criminal court prosecutor for investigation and potential indictment of Kim Jong-un and his generals”.

Así, a la luz de lo que parece perfilarse como una tendencia hacia la calificación de la amenaza del uso de armas nucleares como un crimen de lesa humanidad, resulta pertinente traer a colación la inclusión del *aut dedere aut judicare* en algunos de los instrumentos que han abordado esta cuestión⁷²³. En relación a la cuestión nuclear en sentido estricto, la **Convención sobre la protección física de los materiales nucleares de 1980** recoge esta cláusula en los artículos 9.4, 10.1, 10.2 y 11.1, mientras que el **Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear de 2005**, incorpora la obligación alternativa en los artículos 9.4, 10.1, 10.2 y 11.1, en un instrumento que combina las dos cuestiones referidas: el terrorismo y la amenaza nuclear.

Una vez analizados los instrumentos convencionales internacionales que cumplen con los requisitos enunciados al principio de este apartado, es conveniente referirse a una serie de tratados y convenciones que, a pesar de no poder ser estrictamente subsumibles en esta categoría, resultan trascendentes de cara a determinar la presencia de la cláusula en el derecho convencional⁷²⁴.

⁷²³ En realidad, la orientación fundamentalmente interestatal de los tratados internacionales que han surgido para frenar la carrera armamentística nuclear y los riesgos derivados de la misma explica que la responsabilidad penal individual y por ende, la escasa inclusión de disposiciones tendientes a garantizar enjuiciamientos como la cláusula objeto de estudio. Consúltase, para profundizar sobre este tema, la página web de la Oficina de Naciones Unidas para cuestiones de Desarme.

⁷²⁴ A pesar de su menor relevancia práctica, conviene referirse aquí también al Tratado Modelo de Extradición de 1990 aprobado en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Tratado Modelo de Extradición de la Naciones Unidas, aprobado en la 68ª sesión plenaria de la Asamblea General, A/RES/45/116 de 14 de diciembre de 1990). No estamos aquí ante un tratado internacional regulador de un crimen internacional en particular sino que nos encontramos ante un documento que, describiendo como telón de fondo el aumento de la delincuencia organizada, el tráfico ilícito de estupefacientes y el terrorismo, “invita a los Estados Miembros que no hayan establecido aún relaciones convencionales existentes a que, cuando quiera que establezcan o revisen esas relaciones, tengan en cuenta el Tratado modelo de extradición”. A pesar de que su aportación en relación a los más graves crímenes internacionales es relativa, en tanto que viene a proponer un modelo de Tratado de Extradición “general”, en el que puedan fijarse los Estados para establecer relaciones de cooperación penal para todo tipo de delitos, siempre y cuando “se castiguen con pena de encarcelamiento u otra pena privativa de libertad cuya duración máxima sea de (uno/dos) año(s) por lo menos, bien con pena más grave” (artículo 2), el reconocimiento explícito que en el artículo 4 se hace de la obligación de extraditar o juzgar es lo suficientemente significativo como para merecer una mención especial aquí. Así, el artículo 4, al regular los motivos para denegar facultativamente la extradición, reconoce expresamente la vigencia de esta obligación alternativa en 3 de los 8 apartados que lo componen: “a. Si la persona cuya extradición se solicita es nacional del Estado requerido. Cuando la extradición se deniegue por ese motivo, el Estado requerido someterá el caso a sus autoridades competentes, si el otro Estado lo solicita, con miras a que se emprendan las actuaciones pertinentes contra la persona por el delito por el que se haya solicitado la extradición; d) Si el delito por el que se solicita la extradición está castigado con la pena de muerte en la legislación del Estado requirente, a menos que ese Estado garantice suficientemente, a juicio del Estado requerido, que no se impondrá la pena de muerte, y que si se impone, no será ejecutada. (En este caso, la incorporación del *aut dedere aut judicare* ha tenido lugar de manera posterior, mediante una modificación realizada por la Asamblea General a través de la Resolución 52/88. Cooperación internacional en asuntos penales (A/RES/52/88) de 4 de febrero de 1998, en cuyo anexo, y en relación al artículo 4 del Tratado Modelo de Extradición se puede leer lo siguiente: “Añádanse al inciso d) las mismas disposiciones *aut dedere aut judicare* que figuran en los incisos a) y f).”) y “f) Si, de conformidad con la ley del Estado requerido, el delito por el que se solicita la extradición se ha cometido en todo o en parte dentro de ese Estado. Cuando la extradición se deniegue por ese motivo, el Estado requerido someterá el caso a sus autoridades competentes, si el otro Estado lo solicita, con miras a que se

En primer lugar, es necesario aludir a la **Convención sobre la No Aplicabilidad de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Humanidad de 1968**.

A primera vista, este instrumento se perfilaba como potencialmente influyente en la consolidación de la obligación de extraditar o juzgar, en tanto que apuntala uno de los cimientos sobre los que se fundamenta la misma (la lucha contra la impunidad a través del reconocimiento de la imprescriptibilidad de los más graves crímenes internacionales), pero el bajo índice de participación lo ha relegado a una posición casi anecdótica.

La Convención fue aprobada el 26 de noviembre de 1968 y entró en vigor en 1970⁷²⁵. El efecto de esta Convención sobre el Derecho Internacional ha sido limitado porque no se han superado las 54 ratificaciones, entre las cuales sólo puede contarse una de las cuatro potencias del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, la Unión Soviética. Siguiendo este ejemplo, en Europa, los esfuerzos por positivizar la imprescriptibilidad de los más graves crímenes internacionales dieron lugar, en 1974, a la Convención Europea sobre la No Aplicabilidad de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Humanidad, que tuvo una menor acogida si cabe, ya que fue exclusivamente ratificada por unos cuantos Estados miembros del Consejo de Europa⁷²⁶.

6.2.2. Instrumentos regionales que regulan los crímenes internacionales sensu stricto que incorporen la cláusula *aut dedere aut judicare*

empresan las actuaciones pertinentes contra la persona por el delito por el que se haya solicitado la extradición”. No obstante, la presencia del *aut dedere aut judicare* y su naturaleza inspiradora de la regulación de la figura de extradición en el seno de las Naciones Unidas puede inferirse también de la lectura de otros apartados de este mismo artículo, como el b) o el c). Con todo, la verdadera evaluación del efecto de este instrumento, debe realizarse a la luz del contenido de los tratados bilaterales entre Estados, y de la incorporación que, siguiendo este modelo, éstos hagan del *aut dedere aut judicare* en sus textos. Se pueden destacar, entre los estudios que han abordado con mayor profundidad el análisis de este instrumento, los siguientes: CLARK, R.S., “Crime: The UN Agenda on International Co-operation in the Criminal Process”, Nova LR, vol. 15, p. 474 y HARRINGTON, J., “Human Rights Exceptions to Extradition. Moving Beyond Risks of Torture and Ill-treatment”. (extracto de un “Background paper” que la autora comparte en la siguiente dirección: <http://www.isrcl.org/Papers/Harrington.pdf>). Harrington es bastante crítica con la propuesta de Naciones Unidas ya que tras desarrollar una serie de principios y estándares que deben guiar la extradición, los vacía de contenido al incorporar sendas notas al pie que flexibilizan la obligatoriedad de estos estándares y permiten a los Estados tomar la decisión de adoptarlos o no “à la carte” (pp. 4).

⁷²⁵ Naciones Unidas, Convención sobre la No Aplicabilidad de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Humanidad de 26 de noviembre de 1968. Consultada el 26/06/2013, fecha en la cual contaba con 54 adhesiones y 9 Estados signatarios.

⁷²⁶ Esta convención, es importante notar, incluía solamente los crímenes de guerra y el genocidio entre los crímenes imprescriptibles y ha sido ratificada únicamente por 3 Estados: Los Países Bajos, Rumanía y Bélgica, por orden cronológico. Además, se aparta de la distinción entre los tipos de genocidio y crímenes contra la humanidad ya establecida a nivel internacional al equiparar los dos crímenes. Véase Council of Europe, European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitation to Crimes Against Humanity and War Crimes, Strasbourg, 25.1.1974, Strasbourg, 1999.

Siguiendo la estructura marcada por los criterios apuntados en el apartado anterior, en esta sección se presentarán los resultados del examen de la presencia de obligación de extraditar o juzgar en los tratados o convenios de carácter regional⁷²⁷. Para ello, las zonas de estudio se dividirán en los siguientes grupos: Europa, América Latina, África y Mundo Árabe.

En el ámbito europeo, y más precisamente en el marco del Consejo de Europa, son varios los convenios que cumplen con los requisitos referidos. Entre ellos encontramos el **Convenio Europeo de Extradición de 1957**⁷²⁸ y sus Protocolos Adicionales. De entre estos Protocolos, a los efectos de este trabajo, es imprescindible destacar el **Protocolo Adicional I al Convenio Europeo de Extradición de 1975** que, entre otras cosas, reconoce expresamente que los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra no pueden, en ningún caso, ser considerados delitos políticos a efectos de denegación de una solicitud de extradición⁷²⁹. Evidentemente, todos estos instrumentos pierden protagonismo con la aprobación de la Orden Europea de Detención y Entrega, analizada en el capítulo II, ya que tal y como se desprende del artículo 31 de la

⁷²⁷ Para una exhaustiva reflexión sobre el rol de los instrumentos y sistemas regionales de protección de los derechos humanos véase SARKIN, J., “The Role of Regional Systems in Enforcing State Human Rights Compliance...*op cit.*”, p. 209.

⁷²⁸ Reconoce la obligación de enjuiciar en caso de que deniegue la extradición por motivo de nacionalidad (artículo 6.2). A fecha de 2 de julio de 2013, ha sido ratificado por 50 Estados, de los cuales tres no son formales parte del Consejo de Europa: Israel, Corea y Sudáfrica. De entre los firmantes, son varios los que manifiestan expresamente en declaraciones la negativa a proceder a la extradición de sus propios nacionales en virtud de este Convenio: Albania, Andorra, Armenia, República de Azerbaiyán, Croacia, Chipre, Estonia, Francia, Georgia (que se reserva el derecho de decidir sobre la extradición en base al principio de reciprocidad), Alemania, Grecia, Hungría (que puede llegar a concederla con condiciones en caso de doble nacionalidad), Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Moldavia, Montenegro, Polonia, Portugal, Rumanía, Rusia, San Marino, Macedonia, Ucrania. La declaración hecha por España en relación al artículo 6, se limita a especificar que a los efectos de este artículo se considerarán nacionales aquellas personas que tengan derecho a esta consideración de conformidad con el Título I del Libro I del Código Civil español.

⁷²⁹ Este Protocolo, que complementa al Convenio, ha sido ratificado a fecha de 2 de julio de 2013 por 39 Estados. Sudáfrica y Corea se erigen como los dos únicos Estados firmantes que no forman parte del Consejo de Europa. Israel, en este caso, por motivos más que evidentes, se abstiene de firmar. Entre las reservas más llamativas, conviene destacar la declaración de Dinamarca, que afirma no aceptar el Capítulo I del Protocolo (donde se desarrolla la imposibilidad de considerar a los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad como delitos políticos a efectos de denegar la extradición). En este mismo sentido, Georgia, Hungría, Islandia, Malta, Países Bajos (en un alarde casi ridículo de su soberanía nacional: “Although Dutch legislation is fully in accordance with Article 1 (opening words and a. and b.) and does not contain any provisions, contrary to Article 1 (opening words and c.) in the case of acts committed during an international armed conflict, the Government of the Kingdom of the Netherlands wishes to reserve for itself the right to refuse extradition in cases of violations of laws and customs of war which have been committed during a non-international armed conflict”), Noruega, Suecia y Ucrania. Rusia declara que la lista de delitos a los que se considera inaplicable la excepción del delito político no es exhaustiva. Los Protocolos Adicionales III y IV no aportan información acerca del desarrollo del principio que nos ocupa. El Protocolo III, de 2010, se limita a establecer normas dirigidas a simplificar el procedimiento de extradición cuando se cuenta con el consentimiento de la persona objeto de extradición. El IV, de 2012, busca adaptar el Convenio a las necesidades actuales. Incide en el principio de legalidad, en la regla de especialidad y regula cuestiones documentales, de tránsito y de canales y medios de comunicación.

Decisión Marco, desde el 1 de enero de 2004, las disposiciones del Convenio de Extradición serán sustituidas por aquellas contenidas en la Decisión Marco, y serán éstas las que rijan las relaciones entre los Estados de la Unión Europea (sin perjuicio de que estos instrumentos sigan estando vigentes en un contexto más amplio). El **Protocolo Adicional II al Convenio Europeo de Extradición de 1978** también contiene elementos interesantes a efectos de la reconstrucción histórica de la obligación de extraditar o juzgar. Un ejemplo de ello es el reconocimiento de las sentencias *in absentia* (artículo 3) siempre que respeten los derechos de defensa y la activación de la obligación de extraditar o juzgar en los casos en los que la persona objeto del proceso se oponga a la extradición hacen de las 42 ratificaciones un interesante dato a tener en cuenta⁷³⁰. También llama la atención la validación expresa y sin condiciones que se hace de las amnistías a través de la prohibición de la extradición en estos casos. (artículo 4)⁷³¹.

Por otro lado, el **Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimientos Penales de 1972** se presenta como un tratado desestabilizador en el sentido de que, en aras de la lucha contra la impunidad mediante el fortalecimiento de la cooperación penal y la evitación de conflictos de jurisdicción, recoge una variante del *aut dedere aut judicare* que no goza de carácter obligatorio. Así, en virtud de este Convenio, todo Estado contratante *puede pedir* a otro Estado contratante que instruya en su lugar un procedimiento contra un sospechoso, en atención a determinados vínculos, relación o situación que mantiene con este Estado, o por tener mayores facilidades para su tramitación⁷³². El Convenio no se pronuncia sobre la consecuencias derivadas de no ejercitar esta opción o sobre la vigencia del *aut dedere aut judicare* por lo que, aunque resulta interesante en tanto que abre la puerta hacia otra forma de ejercicio de la obligación alternativa, la contribución en relación a la naturaleza jurídica de la concreta cláusula que nos ocupa es bastante limitada.

Llegados a este punto, es importante subrayar que los delitos contra el medioambiente también pueden ser constitutivos de crímenes de lesa humanidad. De ahí la importancia de que **Convenio del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1998, sobre la Protección del Medioambiente, a través del Derecho Penal** incluya la obligación de extraditar o juzgar que tienen los Estados parte en relación a los presuntos responsables de estos actos. Probablemente ha sido esta valentía a la hora de enfrentarse a la impunidad que continúa siendo una característica inherente a los delitos medioambientales lo que explica que Estonia sea el único país que ha ratificado este Convenio⁷³³.

En cuanto al marco jurídico convencional que, en el ámbito regional europeo, ofrece una protección contra los delitos relacionados con el tráfico de seres humanos y la esclavitud, cabe referirse al **Convenio del Consejo de Europa**

⁷³⁰ Ratificaciones a fecha de 3 de julio de 2013. Entre los Estados que no forman parte del Consejo Europeo, Israel vuelve a quedarse fuera.

⁷³¹ Solo el Reino Unido declara no aceptar los capítulos III y IV del Convenio.

⁷³² Artículos 6, 7 y 8 del Convenio, que hasta ahora (3/07/2013) ha sido ratificado por 25 Estados.

⁷³³ Convenio del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1998, sobre la protección del medioambiente, a través del Derecho penal. Situación a fecha de 03/07/2013.

sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005⁷³⁴ y al **Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual de 2007**⁷³⁵, como instrumentos que contienen esta cláusula.

Los instrumentos que abordan el delito de terrorismo, siguiendo los criterios marcados en el primer apartado, serán tratados de manera muy sucinta. Quede aquí sencillamente anotado que tanto el **Convenio para la Supresión del terrorismo de 1977**⁷³⁶, su **Protocolo Suplementario**⁷³⁷ como el **Convenio para la Prevención del Terrorismo de 2005**, recogen la obligación alternativa⁷³⁸.

⁷³⁴ Artículo 31.3: “Cada Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre las infracciones a que se refiere el presente Convenio, en los casos en que el presunto autor de la infracción se encuentre presente en el territorio y no sea extraditable a otra Parte, únicamente en razón de su nacionalidad, después de una solicitud de extradición”. La excepción de la nacionalidad recogida aquí tiene una eficacia relativa ya que quedaría desactivada en caso de que el hecho subsumible en el tipo “tráfico de personas” pudiera ser constitutivo de crimen contra la humanidad, tal y como se ha sido constatado por los instrumentos convencionales analizados y se verá en el . A fecha de 2 de julio de 2013, ha sido ratificada por 40 Estados. En cuanto a las objeciones o declaraciones hechas por los Estados, dejando de lado las referencias al requisito de doble incriminación para proceder al enjuiciamiento en el marco de la obligación alternativa (manifestada por Francia, Finlandia,) y las exclusiones de la aplicación del Tratado por parte de algunos Estados respecto a otros Estados concretos (véase declaración de Azerbaiyán con respecto a Armenia), solo Latvia, Portugal, Macedonia y el Reino Unido se reservan el derecho a decidir sobre el enjuiciamiento de d) nacionales o apátridas residentes en su territorio si el delito puede ser castigo conforme al derecho penal del lugar en el que se cometió o si el delito se cometió en un territorio que no estaba bajo la jurisdicción de ningún Estado y e) de sus nacionales. Eslovenia y Suiza se reservan el derecho de no aplicar al artículo 31.2.d por no poder garantizar el enjuiciamiento de un apátrida por un delito cometido fuera de su territorio. Suecia incorpora en su declaración una reserva bastante particular que reza como sigue: “In accordance with Article 31, paragraphs 1.e and 2, of the Convention, Sweden declares that it reserves the right not to apply or to apply only in specific cases or conditions the jurisdiction rules solely on the basis that an offence established in accordance with this Convention is committed against a Swedish national”.

⁷³⁵ Artículo 25.7: “Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio, cuando el presunto autor se halle en su territorio y no pueda ser extraditado a otra Parte por razón de su nacionalidad”. Por consiguiente, la regla *aut dedere aut judicare* se reconoce aquí estrictamente solo cuando la denegación de la extradición se efectúe sobre la base de la no extradición de nacionales. De hecho, el artículo 25.3 reconoce la posibilidad a los Estados de excluir la aplicación de la competencia jurisdiccional que el 25.1.e. le reconoce al Estado en cuyo territorio tenga el presunto responsable su residencia habitual. A fecha de 03/07/2013, hay 27 Estados que han ratificado este instrumento. Las reservas realizadas por los Estados no afectan al citado artículo.

⁷³⁶ Aunque la obligación de extraditar o juzgar se recoja en los artículos 6 y 7 y cuente con 46 Estados Parte a fecha de 03/07/2013, la gran cantidad de declaraciones en virtud de las cuales se los Estados se reservan el derecho de decidir sobre el carácter político de un hecho regulado en el Convenio es un reflejo claro del problema definitorio al que se ha aludido.

⁷³⁷ Protocolo suplementario al Convenio para la Supresión del Terrorismo de 1977, ratificado a fecha de 03/07/2012 por 31 Estados.

⁷³⁸ Este último, aunque no se ocupa directamente de los actos de terrorismo, sino únicamente de los delitos relacionados con el terrorismo, lleva a cabo este reconocimiento en los artículos 14.3 y 18. establece la obligación de “extraditar o juzgar”.

En otra línea, los Estados Parte en el Consejo de Europa cuentan con un instrumento equivalente al Convenio sobre Imprescriptibilidad de Crímenes contra la Humanidad y de Guerra, pero su baja participación (7 Estados) impide extraer, en base al mismo, conclusiones respecto a la postura de los Estados en relación a un principio (el de la imprescriptibilidad) que indudablemente contribuye a dotar de contenido a la obligación de extraditar o juzgar⁷³⁹.

En el ámbito de América Latina, a pesar del terremoto diplomático que ha provocado la reciente decisión de Ecuador de otorgar asilo diplomático Julian Assange⁷⁴⁰ y las valoraciones del Gobierno boliviano de hacer lo mismo con Edward Snowden⁷⁴¹, los argumentos que subyacen a esta redefinición de las relaciones internacionales permiten extraer una lectura positiva del compromiso que estos Estados parecen haber adquirido con la defensa de los derechos humanos en el ámbito del proceso de extradición.

Así, de entre los 11 puntos que enumera el Gobierno de la República de Ecuador como razones que fundamentan su Declaración Oficial sobre la solicitud de asilo de Julian Assange, deben subrayarse, en coherencia con la defensa de un *aut dedere aut judicare* cimentado sobre el respeto a los derechos

⁷³⁹ Estos Estados son Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Montenegro, Serbia, Rumanía, Países Bajos y Ucrania. Convenio europeo sobre imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra de 1974. Consultado el 3/07/2013.

⁷⁴⁰ Fundador de Wikileaks, organización conocida por haber llevado a cabo una de las mayores filtraciones de documentos confidenciales de la historia, desvelando miles de cables diplomáticos de Estados Unidos, difundidos posteriormente por periódicos de todo el mundo, algunos de los cuales han sido utilizados como fuentes documentales en esta tesis. Assange, cuya extradición fue solicitada por Suecia por un supuesto delito de abuso sexual tras hacer públicos estos documentos, permanece desde junio de 2012 en la Embajada de Ecuador en Londres, país que le ha concedido asilo político sobre la base de que su extradición a Suecia desembocaría en una ulterior extradición a los Estados Unidos, donde corre riesgo de ser torturado e incluso de ser condenado a muerte. En España, la cobertura de los cables desvelados corrió a cargo del El País, a través de un Especial Wikileaks. The Guardian, Der Spiegel, The New York Times, The Washington Post fueron otros de los periódicos que publicaron las filtraciones.

⁷⁴¹ En el caso de Snowden, que ha copado los titulares de los periódicos al principios del verano de 2013, un ex analista de la Agencia de Seguridad Nacional (NSA) desvela información secreta estadounidense que desvela, entre otras cosas, una red de espionaje masivo a Estados de todo el mundo por parte de los EEUU. La consideración del otorgamiento de asilo por parte de Bolivia ha desatado un grave conflicto diplomático entre el Presidente de este país, Evo Morales y algunos Estados europeos, que sobre la base de sospechas infundadas de que Snowden viajaba con el Presidente en su avión de vuelta de Rusia, donde se encuentra el ex analista, prohibieron, en contravención del derecho internacional que reconoce la inmunidad diplomática de los vuelos oficiales, el paso al Presidente boliviano por su espacio aéreo. Entre los países a los que se les exige responsabilidades encontramos a Francia, Italia, Portugal y Austria, que obligó al Presidente a hacer una parada en Viena donde pudo comprobar que el ex analista no estaba dentro del avión. El Mundo.es, La retención de Morales abre un conflicto diplomática, 3 de julio de 2013. 24horas.mx, Niega Evo Morales haber visto a Snowden en Moscú, 3 de julio 2013. Las acusaciones también afectan a España, a pesar de que el Ministro de Exteriores niega haber dado órdenes de prohibir la entrada del avión oficial al espacio aéreo español. El País, Maragallo no se disculpará con Bolivia: “Nos dijeron que Snowden iba en el avión”, 5 de julio de 2013. Unoticias.uy, Bolivia denuncia violación de tratados internacionales de países europeos, 3 de julio 2013. Sobre las declaraciones de España, véase Publico.es, España autoriza el paso a Morales tras estar 13 horas retenido en Viena, 3 de julio 2013. El 6 de julio, Venezuela decide conceder “asilo humanitario” a Snowden. New York Times, President of Venezuela offers asylum to Snowden, 6 de julio de 2013, ofrecimiento al que se han sumado los Presidentes de Bolivia y de Nicaragua, Publico, “Bolivia, Venezuela y Nicaragua ofrecen asilo a Snowden”, 7 de julio 2013.

humanos, los siguientes: “5. Que existe la certeza de las autoridades ecuatorianas de que es factible la extradición del señor Assange a un tercer país fuera de la Unión Europea sin las debidas garantías para su seguridad e integridad personal; 6. Que la evidencia jurídica muestra claramente que, de darse una extradición a los Estados Unidos de América, el señor Assange no tendría un juicio justo, podría ser juzgado por tribunales especiales o militares, y no es inverosímil que se le aplique un trato cruel y degradante, y se le condene a cadena perpetua o a la pena capital, con lo cual no serían respetados sus derechos humanos⁷⁴²”.

De todo lo anterior se desprende que todo compromiso convencional que, en ámbito regional adquieran los Estados latinoamericanos para luchar contra los crímenes internacionales referidos, incorporando para ello la obligación alternativa de extraditar o juzgar, representa una importante fuente de análisis de cara a la pregunta que pretende responder este trabajo de investigación.

Partiendo del marco regional regulador de la extradición en términos generales, deben ser mencionados aquí los dos instrumentos más importantes que, sobre esta cuestión, se han aprobado en el seno la Organización de Estados Americanos: el **Segundo Convenio sobre Extradición de Montevideo de 1933** y la **Convención Interamericana sobre extradición de 1981**⁷⁴³. Si bien es cierto que estamos aquí ante herramientas convencionales de cooperación penal en sentido amplio, dirigidas a garantizar el enjuiciamiento de toda clase de delitos (con unos requisitos mínimos)⁷⁴⁴, la inclusión de la

⁷⁴² Declaración del Gobierno de la República de Ecuador sobre la solicitud de asilo de Julian Assange. Además, en una declaración tremendamente importante de cara a la determinación de la *opinio iuris* del Estado de Ecuador en relación a un tema directamente relacionado con la naturaleza jurídica de la obligación jurídica que aquí nos ocupa, se afirma lo siguiente: “10. Que, al tenor de varias declaraciones públicas y comunicaciones diplomáticas realizadas por funcionarios de Gran Bretaña, Suecia y Estados Unidos de América, se infiere que dichos gobiernos no respetarían las convenciones y tratados internacionales, y darían prioridad a leyes internas de jerarquía secundaria, contraviniendo normas expresas de aplicación universal”. Se trata de una denuncia y crítica abierta del dualismo como forma de entender las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional, que potencialmente podría manifestarse a través de la inobservancia de tratados internacionales. Esta declaración ha de tenerse en cuenta de cara al segundo apartado de este capítulo en el que se intentará dilucidar cuál es la práctica y la *opinio iuris* de los Estados en relación a la obligación de extraditar o juzgar, cuestión, que como se verá, se encuentra estrechamente relacionada con la defensa de una postura monista o dualista. Véase, sobre esta cuestión, uno de los últimos trabajos del Profesor Cassese. CASSESE, A., “Towards a Moderate Monism: Could International Rules Eventually Acquire the Force to Invalidate Inconsistent National Laws?”, en *Realizing Utopia...op cit.*, p.187.

⁷⁴³ A fecha de 5 de julio de 2013, el primero ha sido ratificado por 18 Estados (datos extraídos de la página oficial de la red iberoamericana de cooperación jurídica internacional, disponible en <https://www.iberred.org/convenios-penal/convenio-sobre-extradicion-de-montevideo>), y el segundo por 6 Estados (Datos extraídos de la página oficial de la Organización de Estados Americanos, www.oas.org)

⁷⁴⁴ Lo cual, como hemos visto ya en otros Convenios de Extradición confeccionados para abordar la cooperación penal entre Estados para todo tipo de delitos, cuenta con limitaciones propias de la menor gravedad de los delitos para cuya extradición se puede aplicar como la no extradición por delitos políticos, excepción que, tal y como se ha analizado, no es aplicable a los crímenes internacionales en sentido estricto. Véase el artículo 4 de la Convención Interamericana de Extradición de 1981. En el caso del Convenio de 1933, se incorpora al final, como una cláusula opcional la siguiente: 23-C: “Los Estados signatarios de esta cláusula, no obstante lo establecido por el art. 2 de la Convención sobre Extradición que antecede, convienen entre sí que en ningún caso la nacionalidad del reo pueda impedir la extradición”.

obligación alternativa en ambos tratados no debe ser subestimada ya que sirve de modelo para su articulación en convenios regionales reguladores de graves crímenes internacionales aprobados con carácter posterior⁷⁴⁵.

Entrando ya en el estudio de los instrumentos que, en un contexto latinoamericano, se han promulgado para garantizar el enjuiciamiento de los crímenes internacionales en sentido estricto, podemos destacar, la **Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura de 1985**⁷⁴⁶, la **Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994**⁷⁴⁷ y la **Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994**⁷⁴⁸. Todos ellos incorporan el

⁷⁴⁵ Artículo 8 de la Convención de 1981: “Cuando correspondiendo la extradición, un Estado no entregare a la persona reclamada, el Estado requerido queda obligado, cuando su legislación u otros tratados se lo permitan, a juzgarla por el delito que se le impute, de igual manera que si éste hubiera sido cometido en su territorio, y deberá comunicar al Estado requirente la sentencia que se dicte.” Artículo 2 del Convenio sobre extradición de Montevideo de 1933: “Cuando el individuo fuese nacional del Estado requerido, por lo que respecta a su entrega ésta podrá o no ser acordada según lo que determine la legislación o las circunstancias del caso a juicio del Estado requerido. Si no entregare al individuo, el Estado requerido, queda obligado a juzgarlo por el hecho que se le imputa, si en el concurren las condiciones establecidas por el inciso b) del artículo anterior, y a comunicar al Estado requirente la sentencia que recaiga”. Resulta llamativo y requeriría un análisis en mayor profundidad, dado el alcance material del presente trabajo, que en este último instrumento el artículo 3 reconozca que el “Estado requerido no estará obligado a conceder la extradición e) cuando se trate de un delito político o de los que le son conexos. (...); f) cuando se trate de delitos puramente militares o contra la religión”.

⁷⁴⁶ Artículo 12: “(...)Todo Estado parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en el ámbito de su jurisdicción y no proceda a extraditarlo de conformidad con el artículo 11 (...)”. Artículo 14: “Cuando un Estado parte no conceda la extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiera cometido en el ámbito de su jurisdicción, para efectos de investigación y, cuando corresponda, de proceso penal, de conformidad con su legislación nacional. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado que haya solicitado la extradición”. A fecha de 5 de julio de 2013, ha sido ratificada por 18 Estados que forman parte de la Organización de Estados Americanos. Fuente: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-51.html>.

⁷⁴⁷ Artículo 9: “Tendrán competencia para conocer de los delitos relativos al tráfico internacional de menores: a) el Estado Parte donde tuvo lugar la conducta ilícita; b) el Estado Parte de residencia habitual del menor; c) el Estado Parte en el que se hallare el presunto delincuente si éste no fuere extraditado; y d) El Estado Parte en el que se hallare el menor víctima de dicho tráfico (...)”. Este instrumento cuenta, a fecha de 7 de julio de 2013 con ratificaciones de 15 Estados de entre los 35 países miembros de la OEA. Solo Ecuador formuló una reserva pertinente al declarar que “De acuerdo con nuestra Constitución Política, el Ecuador no puede conceder la extradición de sus nacionales y que su juzgamiento se sujetará a las leyes de nuestro país”.

⁷⁴⁸ Artículo IV: “Los hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas serán considerados delitos en cualquier Estado Parte. En consecuencia, cada Estado Parte adoptará las medidas para establecer su jurisdicción sobre la causa en los siguientes casos: a. Cuando la desaparición forzada de personas o cualesquiera de sus hechos constitutivos hayan sido cometidos en el ámbito de su jurisdicción; b. Cuando el imputado sea nacional de ese Estado; c. Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. Todo Estado Parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre dentro de su territorio y no proceda a extraditarlo (...)”; y artículo VI: “Cuando un Estado Parte no conceda la extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiere cometido en el ámbito de su jurisdicción, para efectos de investigación y, cuando corresponda, de proceso penal,

aut dedere aut judicare como mecanismo procesal tendente a garantizar la erradicación de la impunidad para los responsables de la comisión de estos delitos.

En cuanto al terrorismo, la inclusión de esta cláusula alternativa en los instrumentos de cooperación penal en este ámbito, es de obligada mención ya que, a largo plazo, su repercusión puede ser importante en la consolidación de la naturaleza jurídica de esta obligación y su extensión a otros crímenes. La participación en los mismos experimenta un notable crecimiento tras los atentados terroristas del 11-S⁷⁴⁹.

Por último, la relativa juventud de los países africanos como Estados independientes explica que, en esta zona del mundo, la proliferación de acuerdos regionales sea un fenómeno mucho más tardío ⁷⁵⁰. De hecho, excluyendo el **Convenio de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo de 1999**⁷⁵¹,

de conformidad con su legislación nacional. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado que haya solicitado la extradición”. A pesar de la magnitud del problema de las desapariciones forzadas que asola a una gran parte del continente americano, el índice de participación en esta Convención no es demasiado alto, a fecha de 7 de julio de 2013, solo 14 Estados la han ratificado, de los cuales ninguno ha hecho reservas o declaraciones dirigidas a modificar algún o a limitar el alcance de la obligación de extraditar o juzgar aquí reconocida.

⁷⁴⁹ Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional de 1971, artículo 5: “Cuando no proceda la extradición solicitada por alguno de los delitos especificados en el artículo 2 porque la persona reclamada sea nacional o medie algún otro impedimento constitucional o legal, el Estado requerido queda obligado a someter el caso al conocimiento de las autoridades competentes, a los efectos del procesamiento como si el hecho se hubiera cometido en su territorio. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado requirente. En el juicio se cumplirá con la obligación que se establece en el artículo 4”. Son parte de la misma, a fecha de 7 de julio de 2013, 24 Estados, habiendo todos ellos depositado los instrumentos de ratificación después del 11-S. La Convención Interamericana contra el Terrorismo de 2002 cuenta, en la actualidad, también con una participación de 24 Estados y aunque no recoge una articulación del *aut dedere aut judicare* en sentido estricto, se reconoce uno de los elementos configuradores de la referida obligación: la inaplicabilidad de la excepción por delito político. Artículo 11: “Para los propósitos de extradición o asistencia jurídica mutua, ninguno de los delitos establecidos en los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 2 se considerará como delito político o delito conexo con un delito político o un delito inspirado por motivos políticos. En consecuencia, una solicitud de extradición o de asistencia jurídica mutua no podrá denegarse por la sola razón de que se relaciona con un delito político o con un delito conexo con un delito político o un delito inspirado por motivos políticos”.

⁷⁵⁰ Lo mismo ha pasado con la iniciativa regional más importante de protección de los derechos humanos en el continente africano. La creación de un tribunal regional encargado de ello. El Tribunal Africano de Derechos Humanos y de las Personas es un órgano jurisdiccional regional creado tanto para resolver cuestiones de interpretación de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 entre los Estados, como para conocer de casos de violaciones de derechos humanos que afecten a los ciudadanos africanos. A pesar de que los primeros pasos de este proyecto se dieron en 1998, hasta 2009 no se ha abierto formalmente el primer caso ante el Tribunal. Véase la lista actualizada de casos que recoge el ARC Project, una iniciativa de la abogada internacionalista Gillian Higgins para dar mayor visibilidad a la Corte y a su trabajo. http://arcproject.co.uk/?page_id=762

⁷⁵¹ Que recoge la obligación de extraditar o juzgar en los artículos 6, 7 y 8 del Convenio y ha sido ratificado (a fecha de 21 de febrero de 2013) por 41 de los 54 Estados parte en la Unión Africana (anterior Organización de la Unidad Africana).

el Convenio para la Eliminación del Mercenarismo en África de 1977 es el único instrumento que ofrece un escenario regional de cooperación penal y judicial para luchar contra un delito que puede llegar a ser constitutivo de crimen contra la humanidad⁷⁵².

En el marco regional árabe, de una lectura conjunta de los artículos 38, 39 y 40 **del Acuerdo Árabe de Riad para la Cooperación Judicial de 1983** se puede inferir el reconocimiento de la obligación de extraditar en relación a los crímenes de lesa humanidad (así como en relación a cualquier delito cuya pena mínima sea de al menos un año de privación de libertad). El terrorismo, por razones obvias, es el problema regional que más Convenios ha generado. La obligación de extraditar o juzgar es una constante sobre este particular⁷⁵³.

6.3. Instrumentos convencionales que regulan los crímenes internacionales en sentido estricto que no contengan la cláusula *aut dedere aut judicare*

6.3.1. Instrumentos internacionales que regulan los crímenes internacionales sensu stricto que no incorporen la cláusula *aut dedere aut judicare*

Es preciso, para poder extraer conclusiones acerca de la naturaleza jurídica de la referida cláusula y de su presencia en los instrumentos convencionales reguladores de las más graves violaciones de derechos humanos, que aquellos convenios en los que la misma esté ausente sean igualmente tratados aquí.

Así, de entre los Tratados reguladores de crímenes internacionales en sentido estricto que no contengan la cláusula objeto de estudio, destaca, en primer lugar, **el Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948**. Según este instrumento, un Estado Parte solo tienen obligación de

⁷⁵² Artículo 8: “Each contracting State shall undertake to take such measures as may be necessary to punish, in accordance with the provisions of Article 7, any person who commits an offence under Article 1 of this Convention and who is found on its territory if it does not extradite him to the State against which the offence has been committed”. Las ratificaciones a fecha de 1 de marzo de 2013 suman 31. El vacío legal existente sobre esta cuestión en África viene siendo denunciado por la doctrina desde hace muchos años. Véase, entre otros, LAYEB, A., “The need for an international convention against mercenaries and mercenarism”, *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, 1989, p. 466 y LABORIE IGLESIAS, M.A., “Empresas de seguridad, mercenarios y derecho internacional humanitario”, *Cuadernos de Estrategia*, núm. 160, 2013. Véase también, como documentos oficiales de Naciones Unidas, los informes realizados por el Grupo de Trabajo sobre el uso de mercenarios como forma de violar los derechos humanos y de impedir el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos. Sin embargo, tal y como se abordará en el capítulo siguiente, en el análisis de la sentencia de la TIJ en el asunto de las cuestiones relativas a la obligación de extraditar o juzgar que ha enfrentado a Bélgica con Senegal, en el ámbito de los derechos humanos, África está inmersa en un proceso de transformación, liderado por la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que con toda probabilidad redefinirá el escenario de la justicia penal internacional actual.

⁷⁵³ Artículo 6.3 y 6.8 de la Convención de la Organización de la Conferencia Islámica para la lucha contra el Terrorismo Internacional de 1999; Convención árabe sobre la represión del terrorismo de 1998, artículo 3.II (1), 6.b y 6.h. Para una exhaustiva sistematización y análisis de los instrumentos internacionales y regionales de lucha contra el terrorismo véase el documento de Naciones Unidas: “Instrumentos internacionales relativos a la prevención y la represión del terrorismo internacional”, UN, Nueva York, 2009.

enjuiciar este crimen internacional cuando el mismo haya sido cometido en el territorio bajo su jurisdicción. En efecto, el artículo VI reconoce que:

“Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

El Tribunal Internacional de Justicia confirmó esta interpretación en el caso “Aplicación del Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)”. En la sentencia de este caso, el Tribunal sostuvo que la obligación de enjuiciamiento del delito de Genocidio sólo afectaba al Estado en cuyo territorio se hubiera cometido, por lo que Serbia y Montenegro no podían ser responsabilizados por no enjuiciar el genocidio ocurrido en Srebrenica:

“El Tribunal recuerda, en primer lugar, que se ha establecido que el genocidio de Srebrenica no tuvo lugar en el territorio del Estado demandado. De ello concluye que al Estado demandado no se le puede imputar ni la falta de enjuiciamiento de aquellos acusados de haber participado en el genocidio de Srebrenica, bien como autores principales bien como cómplices, ni la comisión de alguno de los hechos mencionados en el artículo III de la Convención en conexión con el genocidio de Srebrenica. Incluso si la legislación de Serbia otorgara jurisdicción a sus tribunales para enjuiciar a los acusados, y aún suponiendo que esos procesos fueran compatibles con el resto de las obligaciones internacionales de Serbia, *inter alia* su obligación de cooperar con el TPIY, que se abordará seguidamente, no se puede inferir del artículo VI una obligación que vincule a los tribunales domésticos serbios a juzgar a los autores de la masacre de Srebrenica. El artículo VI sólo obliga a los Estados Parte a instituir y ejercitar su jurisdicción territorial; si bien es cierto que no prohíbe que los Estados, con respecto al genocidio, otorguen a sus tribunales jurisdicción mediante títulos habilitadores de la competencia compatibles con el derecho internacional, al margen del lugar en el que se hubiera cometido el crimen, ciertamente no les obliga a hacerlo⁷⁵⁴”.

⁷⁵⁴ TIJ, Aplicación del Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), Sentencia, I.C.J. Reports 2007, p. 43, párr. 442. Traducción de la autora. Un tratamiento distinto recibe, sin embargo, la obligación de prevenir el delito de genocidio. En efecto, el mismo tribunal, cuando le toca decidir sobre la Objeciones Preliminares sobre el alcance de la obligación de “prevenir y castigar el delito de genocidio” afirma que esta no está limitada territorialmente por el Convenio (TIJ, Aplicación del Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), Objeciones Preliminares, I.C.J. Reports 1996, p. 595, párr. 31: “(...)It follows that the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations erga omnes. The Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention”. Sin embargo, pueden encontrarse en la jurisprudencia razonamientos en sentido contrario a la limitación territorial de la jurisdicción para conocer del delito de genocidio. Véase por ejemplo, la decisión sobre la moción de la Fiscalía solicitando la remisión del caso a los Países Bajos del TPIR en el caso Bagaragaza: “The Chamber is satisfied that the Genocide Convention of 1948, as interpreted by the ICJ in its 11 July Judgement referenced above, and the United Nations Charter read in conjunction with the ICTR Statute and relevant Security Council Resolutions are treaties from which the power to prosecute genocide follows for the purposes of Article 4^a of the Dutch Criminal Code”. TPIR, Fiscal c. Bagaragaza, Sala de Primera Instancia, caso núm. ICTR-2005-86-11bis, Decisión sobre la solicitud del Fiscal de remisión del caso a los Países Bajos, Rule 11 bis de las Reglas de Procedimiento y Prueba, 13 de abril 2007, párr. 28.

La construcción jurisdiccional aquí se ve completada con el artículo VII, que reconoce que la excepción del delito político no puede ser esgrimida aquí para denegar la extradición (al Estado en cuyo territorio se hubiese cometido el crimen)⁷⁵⁵.

Siguiendo un orden cronológico, en 1973 se aprueba la **Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid**, regulador de uno de los subtipos del crimen de lesa humanidad. En este caso, la jurisdicción de los Estados Parte se formula en términos muy abstractos y con un carácter marcadamente voluntario, que dista de la naturaleza obligatoria que define a la cláusula que aquí nos ocupa:

“Artículo V

Las personas acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente Convención podrán ser juzgadas por un tribunal competente de cualquier Estado Parte en la Convención que tenga jurisdicción sobre esas personas, o por cualquier tribunal penal internacional que sea competente respecto a los Estados Partes que hayan reconocido su jurisdicción”.

Más de la mitad de los Estados Miembros de las Naciones Unidas son Parte en este Convenio Internacional⁷⁵⁶.

Siguiendo la estructura marcada por este capítulo, que aboga por una potencial calificación del uso de armas nucleares como un crimen contra la humanidad a través del subtipo “otros actos inhumanos...”, varios son los instrumentos que deben ser traídos a colación. Por un lado, encontramos la **Convención sobre Armas Químicas de 1993** (que entró en vigor en 1997)⁷⁵⁷. Este acuerdo, impulsado y promovido por la Organización para la Prohibición de Armas Químicas (OPAQ), se interpretará de modo que no limite las obligaciones asumidas por los Estados en virtud del Protocolo de Ginebra de 1925 (**Protocolo relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos**) y en virtud de la **Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción**, firmada en Londres, Moscú y Washington el 10 de abril de 1972⁷⁵⁸. Ninguno de estos instrumentos, redactados en clave de declaración de intenciones de cooperación para la erradicación de los riesgos derivados de la carrera armamentística nuclear, química y biológica, hacen referencia alguna a la obligación de extraditar o juzgar en tanto que se limitan a regular la posibilidad de denuncia de las obligaciones derivadas del incumplimiento de la Convención ante el Consejo de

⁷⁵⁵ A fecha de 8 de julio de 2013, los Estados Parte en esta Convención suman 142.

⁷⁵⁶ A fecha de 8 de julio de 2013, los Estados que han depositado sus instrumentos de ratificación suman 108.

⁷⁵⁷ Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción. OPAQ. En vigor desde el 27 de abril de 1997, 180 días después de la ratificación del 65º Estado. A fecha de 27 de mayo de 2009 (último documento accesible de la OPCW), 188 de los 195 Estados reconocidos por Naciones Unidas han ratificado esta Convención, aglutinando una de las mayores participaciones a pesar de no haber sido impulsado en el seno de las Naciones Unidas.

⁷⁵⁸ Esta Convención entró en vigor el 26 de marzo de 1975 y en la actualidad ha sido ratificada por 163 Estados.

Seguridad, no entrando en la posible responsabilidad penal individual derivada de la misma⁷⁵⁹.

Los instrumentos internacionales reguladores de los delitos medioambientales siguen sin abordar de manera tajante la criminalización de las conductas que regulan. Un buen ejemplo de ello es la **Convención de Basilea de 1989**, que establece normas destinadas a controlar a nivel internacional los movimientos transfronterizos y la eliminación de residuos peligrosos para la salud humana y el medio ambiente. Quizás sea precisamente el hecho de que este Convenio tenga como objeto la regulación de ciertas conductas y no la criminalización de un acto en particular lo que explique la ausencia de la obligación de extraditar o juzgar en el texto del mismo⁷⁶⁰. El **Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación de 1999** avanza en una línea interesante hacia la criminalización de estos hechos, coherente con su emergente consideración como crímenes de lesa humanidad. Así, los artículos 4 y 5 se pronuncian en términos claros al respecto⁷⁶¹.

⁷⁵⁹ Artículo XII de la Convención sobre Armas Químicas y artículo VI de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción. Puede, sin embargo, traer aquí a colación la Resolución 1540 del Consejo de Seguridad, como aproximación más cercana al reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar en este ámbito. Resolución 1540 de 28 de abril de 2004, punto 2: “(El Consejo de Seguridad)... Decide también que todos los Estados, de conformidad con sus procedimientos nacionales, deben adoptar y aplicar leyes apropiadas y eficaces que prohíban a todos los agentes no estatales la fabricación, la adquisición, la posesión, el desarrollo, el transporte, la transferencia o el empleo de armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores, en particular con fines de terrorismo, así como las tentativas de realizar cualquiera de las actividades antes mencionadas, participar en ellas en calidad de cómplices, prestarles asistencia o financiarlas”.

⁷⁶⁰ Así lo ha entendido Claire Mitchell, MITCHELL, C., *Aut Dedere, aut Judicare...op cit.*, capítulo 1, párr. 10: “*Despite calls to amend the 1993 Chemical Weapons Convention to include an extradite or prosecute clause that could allow for better enforcement, treaties such as the Chemical Weapons Convention and the 1989 Basel Convention also do not include an aut dedere aut judicare clause. A possible explanation for this omission may be that, whilst these treaties do require criminalization of certain conduct, this obligation is incidental to their overall purpose, which is to regulate certain activities. By contrast, those treaties that do include the obligation are generally treaties whose primary role is to criminalize specific conduct*”. Este Convenio cuenta, a fecha de 8 de julio de 2013 con 180 Estados Parte en el mismo.

⁷⁶¹ Artículo 4.1: “La persona que notifica de conformidad con el artículo 6 del Convenio, será responsable por daños hasta que el eliminador haya tomado posesión de los desechos peligrosos y otros desechos. A partir de ese momento el eliminador será responsable por los daños. Si el Estado de exportación es el notificador o si no se ha hecho notificación, el exportador será responsable por los daños hasta que el eliminador haya tomado posesión de los desechos peligrosos y otros desechos. En lo que respecta al inciso b) del párrafo 6, del artículo 3 del Protocolo, el párrafo 5 del artículo 6 del Convenio se aplicará *mutatis mutandis*. A partir de ese momento el eliminador será responsable por daños”; artículo 5: “Responsabilidad culposa. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, toda persona será responsable por daños causados por el incumplimiento de las disposiciones para la aplicación del Convenio o por sus actos u omisiones voluntarios, imprudentes o negligentes o a los que hayan contribuido ese incumplimiento o esos actos u omisiones. El presente artículo no afectará la legislación nacional de las Partes Contratantes que rige la responsabilidad de los servidores y agentes”. Este Protocolo, que solo cuenta con 11 ratificaciones a fecha de 8 de julio de 2013, no ha entrado aún en vigor.

Por último, los tres **Protocolos complementarios** a la ya analizada **Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000**, no incorporan la cláusula de manera específica, a pesar de incidir en aspectos más concretos de la delincuencia organizada y de su persecución⁷⁶². No obstante, a pesar de la ausencia de referencia específica al *aut dedere aut judicare*, en los tres instrumentos se recoge el mandamiento de interpretar estos Protocolos conjuntamente con la Convención, siendo las disposiciones de la misma aplicables a estos. Por consiguiente, a pesar de haber incluido estos Protocolos en esta categoría, por no estar el principio expresamente recogido, podría afirmarse que existe una incorporación indirecta del mismo por remisión a su instrumento matriz: la Convención.

6.3.2. Instrumentos regionales que regulan los crímenes internacionales sensu stricto que no incorporen la cláusula *aut dedere aut judicare*

En esta última categoría se incluyen aquellos instrumentos de carácter regional que si bien regulan hechos potencialmente constitutivos de crímenes contra la humanidad, no incluyen en sus textos la obligación de extraditar o juzgar. Solo se ha identificado un Convenio que cumpla con todos los requisitos expuestos: el **Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes de 1989**⁷⁶³. Este documento no aborda en ningún momento cuestiones relativas a la jurisdicción de los Estados para el enjuiciamiento de los delitos aquí regulados, sino que se centra en regular la creación y actividad del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, órgano con funciones fundamentalmente de comprobación y visita, formulando en términos laxos la protección que, a través de esta supervisión, se ofrece a las víctimas de tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes⁷⁶⁴.

⁷⁶² Las únicas disposiciones que pueden interpretarse como tendentes a garantizar la investigación y castigo de estas conductas son aquella relativas a la penalización y la cooperación, comunes a los tres Protocolos. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/55/383), ratificado a fecha de 1 de julio de 2013 por 156 Estados; el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada (Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/55/383), ratificado a fecha de 1 de julio de 2013 por 137 Estados; y el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/55/383/Add.2), ratificado a fecha de 1 de julio de 2013 por 101 Estados). Los dos primeros de 15 de noviembre de 2000 y el último de 31 de mayo de 2001. Este último instrumento debe tomar en consideración el recientemente adoptado Tratado sobre el Comercio de Armas, aprobado en el seno de la Conferencia Final de las Naciones Unidas relativa al Tratado sobre el Comercio de Armas de 27 de marzo de 2013, Doc. A/CONF.217/2013/L.3.

⁷⁶³ Este Convenio, adoptado en el seno del Consejo de Europa, y que ha sido modificado por los Protocolos n°1 (ETS n°151) y n°2 (ETS n°152) que entraron en vigor el 1 de marzo de 2002, cuenta, a fecha de 8 de julio de 2013 con 47 ratificaciones.

⁷⁶⁴ Véanse los artículos 1 y 2 del Convenio.

6.4. La propuesta de Convenio para la Prevención y Represión de los Crímenes contra la Humanidad: el *aut dedere aut judicare* flexible

“Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes de lesa humanidad garantizando su enjuiciamiento y sanción justo y efectivo a nivel nacional e internacional (...)”⁷⁶⁵

En el prefacio de la obra en la que presenta los resultados de más de dos años de trabajo, Leila Nadya Sadat, artífice de la Propuesta de Convenio para la Prevención y Represión de los Crímenes contra la Humanidad, retrocede más de un siglo para situar los primeros pasos hacia la cristalización de este instrumento. En concreto, al hacer su particular revisión histórica, se refiere al reconocimiento abstracto y difuso que la cláusula Martens hace de “unas leyes de humanidad” como mecanismos, claramente insatisfactorios, de protección ante las atrocidades de las que los seres humanos eran víctimas durante las guerras⁷⁶⁶.

Tal y como se ha avanzado, los crímenes contra la humanidad fueron incorporados a un texto internacional por primera vez tras la Segunda Guerra Mundial. En concreto, en las Cartas de Núremberg y Tokio. Tras los Juicios de Núremberg, los Principios que se encontraban subsumidos en la Carta y la Sentencia fueron adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas de 1946⁷⁶⁷ y codificados por la CDI en 1950⁷⁶⁸.

Por desgracia, la falta de mecanismos jurídicos efectivos para luchar contra los crímenes contra la humanidad ha sido evidenciada en numerosas ocasiones durante la segunda mitad del siglo XX⁷⁶⁹. En este sentido, pueden citarse, entre los detonantes de esta Convención, las atrocidades que entre 1975 y 1979 cometieron los Jemeres Rojos en Camboya⁷⁷⁰, el conflicto de los Balcanes y de Ruanda en los 90 y, sobre todo, el hecho de que, ni siquiera después de que hubiesen tenido lugar, se consiguiera incorporar a los Estatutos de los Tribunales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda una definición consensuada y

⁷⁶⁵ Preámbulo de la Propuesta de Convenio para la Prevención y Represión de los Crímenes contra la Humanidad, Whitney R. Harris World Law Institute, agosto de 2010, párr. 6. El texto completo de la Propuesta está incluido al final de esta obra como Anexo II.

⁷⁶⁶ SADAT, L.N., Preface and Acknowledgements en *Forging a Convention...op. cit.* pp. ix.

⁷⁶⁷ Afirmación de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por la Carta del Tribunal de Núremberg, Informe de la Sexta Comisión, A/RES/95 (1), U.N. Doc. A/236 (1946).

⁷⁶⁸ Documentos de la segunda sesión, incluyendo el informe de la Comisión a la Asamblea General, (1950), 2Y.B. Int'l L. Comm'n 374, U.N. Doc. A/CN.4.SER.A/1950/Add.1.

⁷⁶⁹ En un reciente estudio realizado por el Profesor Cherif Bassiouni se afirma que entre 1945 y 2008, entre 92 y 101 millones de personas han sido asesinadas en 313 conflictos armados, siendo la mayoría de ellos civiles. Véase BASSIOUNI, C., *Assessing Conflict Outcomes: Accountability and Impunity*, en *The pursuit of international criminal justice: a world study on conflicts, victimization and post-conflict justice* 6, Ed. Cherif Bassiouni, 2010, citado en SADAT, L.N., Preface and Acknowledgements...*op cit.*, pp. xx.

⁷⁷⁰ EVANS, G., “Crimes Against Humanity and the Responsibility to Protect” en *Forging a Convention...op. cit.* p. 3

cerrada de los crímenes de lesa humanidad⁷⁷¹. De hecho, la primera definición clara e inequívoca de este crimen no llegó hasta la aprobación del Estatuto de Roma⁷⁷².

Estas deficiencias contribuyeron a poner de manifiesto la necesidad de colmar esta laguna pero, sin duda, la sentencia del TIJ en el caso que enfrentó a Bosnia y Herzegovina con Serbia y Montenegro por los crímenes de Srebrenica fue el hito que dio a este proyecto el impulso que necesitaba. Tras estimar, como se ha analizado en este capítulo, la inaplicabilidad de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio por el limitado alcance territorial de la misma, el Tribunal admite no tener competencia para conocer de unos crímenes contra la humanidad que, por otro lado, cree que han sido perpetrados en este contexto⁷⁷³.

Así, en el año 2008, bajo la dirección de Leila Nadia Sadat, directora del Whitney R. Harris World Law Institute, organismo que debe su nombre a uno de los fiscales más importantes de Núremberg, se pone en marcha esta iniciativa, que cuenta con la participación de algunos de los mayores expertos en la materia⁷⁷⁴ y que se desarrolla en tres fases⁷⁷⁵ dirigidas a la consecución de tres objetivos bien definidos:

- Estudiar el estado actual de la ley y la realidad sociológica con respecto a la comisión de crímenes contra la humanidad;
- Combatir la indiferencia generada por el otorgamiento de una menor gravedad al crimen de lesa humanidad en contraposición con el delito de genocidio; y
- Enfrentarse al vacío jurídico existente a través de la elaboración del primer Convenio especializado y completo sobre crímenes de lesa humanidad⁷⁷⁶.

⁷⁷¹ De hecho, los Estatutos de ambos tribunales presentan (tal y como se ha analizado en el capítulo V) definiciones del crimen de lesa humanidad que resultan, en algunos puntos contradictorias entre sí.

⁷⁷² Sin perjuicio del papel que esta definición y su aplicación por los tribunales nacionales e internacionales pueda llegar a tener en la cristalización de la costumbre internacional, lo cierto es que en principio la definición de crimen de lesa humanidad aquí contenida tiene un alcance puramente convencional.

⁷⁷³ TIJ, Aplicación del Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), Sentencia, I.C.J. Reports 2007, p. 43, párr. 277: “The killings outlined above may amount to war crimes and crimes against humanity, but the Court has no jurisdiction to determine whether this is so”.

⁷⁷⁴ Miembros del Comité Directivo de esta iniciativa: M. Cherif Bassiouni, Hans Corell, ex asesor jurídico de Naciones Unidas, Juan E. Méndez, Presidente Emérito del Centro Internacional de Justicia Transicional, el Professor William Schabas, Director del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Irlanda en Galway y la jueza de la CPI Christine Van den Wyngaert.

⁷⁷⁵ Estas tres primeras fases (Preparación del proyecto y desarrollos metodológicos; II. Estudio privado del proyecto mediante el encargo de artículos a expertos, organización de encuentros y discusiones sobre el lenguaje a utilizar en el borrador; III. Discusión pública del proyecto y la publicación del proyecto de Convenio) culminaron con la presentación del Proyecto de Convenio que será seguidamente analizado.

⁷⁷⁶ SADAT, L.N., Preface and Acknowledgements...*op cit.*, pp. xxiii-xxiv.

La Propuesta de Convención Internacional para la Prevención y la Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad⁷⁷⁷ (de ahora en adelante, la Propuesta) está compuesta por 27 artículos, acompañados de notas explicativas y 6 anexos. El artículo 3 incorpora la definición del crimen de lesa humanidad del Estatuto de Roma, sin realizar, tal y como se aclara en la nota explicativa correspondiente, “modificaciones sustanciales” a la misma.

Si bien es cierto que el artículo 9 y el anexo 2 son las dos disposiciones que reconocen expresamente la obligación de extraditar o juzgar a los presuntos autores de crímenes de lesa humanidad y desarrollan su alcance y contenido, antes de analizarlas en profundidad, conviene comentar algunas de las innovaciones de la presente Propuesta como instrumento convencional de lucha contra los crímenes de lesa humanidad a nivel internacional.

En primer lugar, la expresa mención a los tribunales mixtos como órganos jurídicos internacionalmente competentes para conocer de estos crímenes que se hace en el Preámbulo de la Propuesta representa, al menos simbólicamente, el reconocimiento del creciente protagonismo adquirido por los tribunales regionales y/o *sui generis* en la investigación y enjuiciamiento de los más graves crímenes internacionales⁷⁷⁸. Puede también ser interpretada como una lanza a favor de una adecuada lectura y aplicación del principio de complementariedad que rige la actividad de la Corte⁷⁷⁹.

En relación a la cuestión de la inmunidad diplomática, el artículo 6 cristaliza una nueva corriente que se aparta de la célebre sentencia del TIJ en el caso relativo a la orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)⁷⁸⁰, para defender la competencia de los tribunales para conocer de estos crímenes incluso cuando sean cometidos por el “Jefe de Estado o Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno”, siguiendo la opinión disidente de la jueza Van den Wyngaert en el referido caso.

⁷⁷⁷ Publicada en agosto de 2010.

⁷⁷⁸ En el continente africano, esta tendencia está en plena ebullición. Así lo ratifican las primeras sentencias dictadas por la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en aplicación de las competencias recientemente adquiridas y la Corte Especial recientemente creada en Senegal para enjuiciar al ex dictador chadiano, Hissène Habré, conocido como el “Pinochet africano” sugieren un giro hacia un regionalismo de facto en el derecho penal internacional. Otros ejemplos van desde la Cámara para Crímenes de Guerra en Bosnia y Herzegovina hasta los tribunales Gacaca en Ruanda. En Colombia, algunas ONGs proponen la creación de un Tribunal Especial de Justicia Transicional para conocer de los crímenes internacionales que se han perpetrado en el marco del largo conflicto colombiano. “Proponen tribunal de justicia transicional”, www.kienyke.com, 4 de julio de 2013.

⁷⁷⁹ Véase el artículo 3 para un tratamiento extensivo del principio de complementariedad de la CPI y de las limitaciones inherentes a la jurisdicción de este órgano jurisdiccional. El texto exacto del párrafo que incluye esta referencia reza como sigue: “Recordando las contribuciones hechas por los estatutos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, nacionales y demás tribunales establecidos conforme a un instrumento jurídico internacional, a la afirmación y el desarrollo de la prevención y la sanción de los crímenes de lesa humanidad”, siendo la nota explicativa 6 la que aclara que “La referencia del párrafo 10 del Preámbulo a “demás tribunales establecidos conforme a un instrumento jurídico internacional” incluye modelos mixtos de tribunales como el Tribunal Especial para Sierra Leona”.

⁷⁸⁰ Orden de arresto de 11 de abril del 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), I.C.J. Reports 2002.

Como incorporaciones menos transgresoras, pero igualmente importantes, debe resaltarse la expresa articulación del *ne bis in idem* en el artículo 17 y del principio de no devolución, expulsión o extradición “de una persona a otro Estado cuando haya motivos fundados para creer que estaría en peligro de ser sometida a crímenes de lesa humanidad” en el artículo 18⁷⁸¹.

Por último, la inclusión de las entidades jurídicas en el tipo subjetivo no puede pasar desapercibida ya que añade un fundamento jurídico convencional sin precedentes a la ya consolidada responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁷⁸².

En este contexto, la obligación de extraditar o juzgar se erige como la cláusula procesal sobre la que pivota uno de los tres pilares centrales de la presente Convención: la sanción⁷⁸³. Si bien se encuentran referencias más o menos indirectas a la misma a lo largo de todo el texto⁷⁸⁴, el reconocimiento de la obligación alternativa se desarrolla de manera específica en el artículo 9 en los siguientes términos:

⁷⁸¹ La fórmula escogida en esta disposición es poco afortunada. En un intento de seguir el modelo de la Convención contra las Desapariciones Forzadas y la Tortura se ha limitado aquí la aplicación del principio “non-refoulement” a aquellos casos en los que el detenido estuviera en peligro de ser víctima de un crimen de lesa humanidad. Esto desvirtúa completamente el sentido del principio de “non-refoulement”, pensado como mecanismo de protección ante violaciones graves de derechos humanos como la tortura, la discriminación o la vulneración de derechos de seguridad jurídica. De hecho, de la lectura del anexo 2 de la Convención, que amplía los motivos de denegación obligatoria de la extradición, se puede inferir la contradicción existente dentro del propio texto de la Convención. Entre los citados motivos, aparecen los siguientes: “7. (...) que el Estado requerido tenga razones fundadas para creer que la solicitud de extradición se ha formulado con miras a procesar o sancionar a una persona a causa de su raza, religión, nacionalidad, origen étnico, opiniones políticas, sexo o condición, o que el derecho de esa persona a un juicio justo e imparcial pueda resultar perjudicado por alguna de esas razones”; “8. (...) que la sentencia del Estado requirente haya sido dictada en rebeldía, que no se avisara con suficiente antelación a la persona condenada de que iba a comparecer en juicio o no se le diera la oportunidad de organizar su defensa, y que la persona no tenga ni tendrá la posibilidad de participar en la revisión de la causa”; “9.(...) que la persona no haya tenido ni vaya a tener un proceso penal con las garantías mínimas que se establecen en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

⁷⁸² Véase apartado (c) del anexo 1: “Persona” designa a una persona natural o jurídica”. En efecto, la nota explicativa 3 del artículo 1 se remite al Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos adoptado en 2001 por la Comisión de Derecho Internacional como baluarte para identificar los hechos internacionalmente ilícitos que den lugar a responsabilidad de los Estados.

⁷⁸³ Los otros dos pilares, tal y como se describe en la nota explicativa del artículo 2 son la prevención y el desarrollo eficaz de capacidades para facilitar dicha prevención y sanción.

⁷⁸⁴ Véase por ejemplo el artículo 8 (Obligaciones de los Estados Partes), B. Investigación y Enjuiciamiento, apartado 9: “Los Estados Partes enjuiciarán o extraditarán a los acusados o sospechosos de haber cometido crímenes de lesa humanidad”; o el artículo 10. 3: “Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su competencia sobre los crímenes de lesa humanidad en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que dicho Estado lo extradite o entregue a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales o lo entregue a un tribunal penal internacional cuya competencia haya reconocido”.

“Artículo 9
Aut dedere aut judicare (juzgar o extraditar)

1. Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para establecer su competencia sobre los crímenes de lesa humanidad en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que dicho Estado lo extradite a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o lo entregue a la Corte Penal Internacional, si es un Estado Parte del Estatuto de Roma, o a otro tribunal penal internacional cuya competencia haya reconocido.

2. En el caso de que un Estado Parte, por cualquier motivo no especificado en la presente Convención, no enjuicie a una persona sospechosa de haber cometido crímenes de lesa humanidad, deberá, de conformidad con una solicitud apropiada, entregar a tal persona a otro Estado dispuesto a enjuiciarlo de manera justa y efectiva, o a la Corte Penal Internacional, si es un Estado Parte del Estatuto de Roma, o a un tribunal internacional competente que tenga jurisdicción sobre los crímenes de lesa humanidad⁷⁸⁵.

De una lectura detenida de la disposición anterior se puede deducir que se ha optado aquí por un modelo de la obligación que no otorga carácter preferente a ninguna de las dos opciones alternativas⁷⁸⁶, incorporando las características fundamentales de la fórmula del Convenio de la Haya de 1970. Curiosamente, la nota explicativa de este artículo puntualiza que el párrafo 1 “se basa en el artículo 9(2) de la Convención contra las Desapariciones Forzadas”. La referencia a otros instrumentos internacionales es una constante en la confección de la presente Convención⁷⁸⁷.

Antes de pasar a diseccionar los dos párrafos que componen este artículo de la mano de la encargada del estudio de esta obligación alternativa en el marco de esta Propuesta, Laura M. Olson⁷⁸⁸, hay dos aspectos de la configuración de

⁷⁸⁵ Subrayado añadido para ser analizado separadamente a continuación.

⁷⁸⁶ Así lo ha reconocido también Laura M. Olson, responsable de la redacción del capítulo relativo a esta cláusula en la presente Propuesta. OLSON, L.M., “Re-enforcing Enforcement in a Specialized Convention on Crimes Against Humanity: Inter-State Cooperation, Mutual Legal Assistance and the Aut Dedere Aut Judicare Obligation” en *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, ed. SADAT, L.N., Cambridge University Press, 2011, p. 327: “The obligation to extradite and/or prosecute found in the Proposed Convention requires States that do not prosecute alleged perpetrators to extradite them; this language indicates a coexistent duty between the two options. A new convention should not express a preference between *dedere* or *judicare*, because which is preferable depends on the specific situation”. La autora se remite seguidamente a algunos de los factores a tener en cuenta para tomar esta decisión, enumerados por Plachta en el artículo analizado en el capítulo anterior.

⁷⁸⁷ Véase, para una visión general de este fenómeno la nota explicativa del preámbulo que aglutina referencias a la Convención sobre el Genocidio, al Estatuto de Roma, a la Convención contra las Desapariciones Forzadas y la Cláusula Martens de la Convención de la Haya de 1907. Otras manifestaciones pueden encontrarse en la nota explicativa del artículo 10, que reza como sigue: “El párrafo 3 se basa en el artículo 9(2) de la Convención contra las Desapariciones Forzadas y el artículo 5(2) de la Convención contra la Tortura”.

⁷⁸⁸ Laura M. Olson ha trabajado durante diez años como asesora jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja y ha publicado numerosos trabajos sobre derecho internacional humanitario, justicia transicional y la relación entre derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados.

esta disposición que conviene resaltar aquí por su carácter innovador y su respeto a un emergente derecho internacional basado en derechos humanos.

El primero se refiere al reconocimiento explícito del derecho a un juicio justo que este proyecto de artículo hace en el segundo párrafo mediante la especificación de que la entrega a otro Estado debe hacerse siempre y cuando éste esté “dispuesto a enjuiciarlo de manera justa y efectiva⁷⁸⁹”. Si bien es cierto que la naturaleza de *ius cogens* de algunos⁷⁹⁰ derechos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son base jurídica suficiente para justificar la necesaria observancia que cualquier instrumento convencional debe hacer de sus disposiciones⁷⁹¹, esta insistencia solo puede interpretarse en términos positivos. La misma se limita a visibilizar un fortalecimiento del compromiso con la protección de los derechos de seguridad jurídica y su influencia, precisamente por la gravedad y naturaleza atroz del crimen objeto de regulación, puede tener un alcance mucho mayor no tanto en la configuración de la obligación de respeto de los derechos humanos, ya definida de manera inequívoca, sino sobre su observancia por parte de los Estados⁷⁹².

⁷⁸⁹ El anexo 1, bajo el título “Términos empleados”, aclara el significado exacto de los términos “justo” y efectivo” mediante la remisión a estándares incluidos en instrumentos convencionales internacionales: “A los efectos de la presente Convención: (a) “Justo”, “justamente” o “justicia” significan de conformidad con las normas relativas a las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional, compatibles con las garantías mínimas de los procedimientos penales, tal como se contienen en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; (b) “Efectivo”, “efectivamente” o “efectividad” significan de forma diligente, independiente e imparcial, de manera que no tenga por objeto sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de lesa humanidad y sea compatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia, teniendo presente el respeto por el principio de presunción de inocencia”. Tal y como explica Laura Olson, la incorporación de criterios cualitativos a la configuración del *aut dedere aut iudicare* en esta Propuesta debe provocar un efecto contagio, e incluirse también en la regulación del enjuiciamiento y del proceso de extradición, OLSON, L.M., “Re-enforcing...”, *op. cit.*, p. 328: “If a new convention on crimes against humanity is to incorporate these qualitative terms, the drafters should consider also including them with regard to prosecution by the requested State as well as the extradition process”. Esta es exactamente la postura que se mantiene aquí y que a la luz de los resultados de la investigación parece haber pasado de ser una recomendación doctrinal (ámbito prescriptivo) a representar la realidad de la configuración moderna y consolidada de la obligación de extraditar o juzgar.

⁷⁹⁰ En este sentido, tal y como subraya Quispe Remón, es importante recordar que “hoy en día sólo unos cuantos derechos son considerados imperativos, sólo unos cuantos son interés de la comunidad internacional en su conjunto. La tarea de determinar qué otros derechos merecen ser considerados como tal se deja en manos de los estados y del órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas”. Es más, destaca la autora que, a pesar de que hayan transcurrido cuatro décadas desde el reconocimiento de la existencia del *ius cogens* por parte de los Estados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, y sin perjuicio de la referencia que muchos instrumentos internacionales hacen a estas normas y a su importancia “ninguna establece un catálogo de estos derechos”. QUISPE REMÓN, F., “*Ius cogens* en el Sistema Interamericano: su relación con el debido proceso”, *Revista de Derecho*, n°34, jul-dic 2010, p. 3.

⁷⁹¹ Idea que además se ha positivizado explícitamente en el texto del presente instrumento. Véase el artículo 25. Interpretación: “Los términos de la presente Convención también se interpretarán a la luz de los principios y las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidos”. La nota explicativa de este artículo reconoce además el necesario respeto de las obligaciones regionales de derechos humanos.

⁷⁹² Para un estudio sobre las relaciones entre política internacional, relaciones internacionales y observancia de las obligaciones en materia de derechos humanos y de lucha

El segundo se adivina en la incorporación de la “tercera alternativa” en los siguientes términos: “En el caso de que un Estado Parte (...) no enjuicie a una persona sospechosa de haber cometido crímenes de lesa humanidad, deberá (...) entregar a tal persona a otro Estado (...), o a la Corte Penal Internacional, si es un Estado Parte del Estatuto de Roma”. En realidad, de la letra de este enunciado se deduce la exclusión de la “tercera alternativa” tal y como había sido considerada por la CDI. De hecho, en la nota explicativa que sigue al artículo 9 se subraya el carácter puramente convencional de las obligaciones de los Estados para con la Corte Penal Internacional en los siguientes términos: “Respecto a la referencia que hace esta disposición a que un Estado Parte entregue un acusado a la Corte Penal Internacional, cabe señalar que los Estados Partes del Estatuto de Roma pueden tener tal obligación. Los Estados que no son Parte de dicho Estatuto pueden no tenerla, pero tienen la posibilidad de cooperar con la Corte Penal Internacional. Esta disposición reconoce que tales Estados pueden cooperar con la Corte Penal Internacional, pero no impone una obligación independiente de hacerlo”.

Ya en la primera página de su capítulo, Laura Olson identifica el que considera el elemento clave para la erradicación de la impunidad: la creación de mecanismos de ejecución (“enforcement”) sólidos. Algunos de estos mecanismos consisten en fórmulas de cooperación interestatal tendentes a garantizar bien la extradición o el enjuiciamiento. El análisis de la autora se concentra en cinco de ellos: la extradición, la asistencia judicial recíproca, el traslado de procedimientos penales, la ejecución de sentencias dictadas por otros Estados y el traslado de la ejecución de las sentencias.

A los efectos de la presente investigación, es especialmente interesante examinar las valoraciones que hace la autora del mecanismo de la extradición en el marco de la presente Propuesta.

La figura de la extradición está recogida en el presente instrumento en el artículo 12 y desarrollada en el anexo 2, disposiciones que fundamentalmente intentan salvar todas las dificultades a las que generalmente debe enfrentarse la aplicación de esta institución. En efecto, la Propuesta se enfrenta al obstáculo de la exigencia de un tratado bilateral específico relativo al delito concreto, declarando que los crímenes de lesa humanidad “estarán comprendidos de pleno derecho entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes antes de la entrada en vigor de la presente Convención⁷⁹³”. Se erige así la Convención como la base legal sobre la que se puede fundamentar cualquier extradición por crímenes de lesa

contra la impunidad, véase CRANE, D.M., “The Bright Red Thread: The Politics of International Criminal Law- Do We Want Peace or Justice? The West African Experience en *Forging a Convention...op. cit.*, p. 59 y LANGER, M., “The Diplomacy of Universal Jurisdiction...*op cit.* Si bien es cierto que el derecho internacional de los derechos humanos parece haberse consolidado como un núcleo irreducible e impermeable a estas “tormentas de intereses”, es fundamental, para mantener su inviolabilidad, permanecer constantemente alerta para no perder ni un centímetro del terreno conquistado.

⁷⁹³ Anexo 2. Extradición (A.1). Para los tratados de extradición celebrados con posterioridad a la presente Convención, el apartado A.2. articula un compromiso que deben asumir los Estados: “Los Estados Partes se comprometen a incluir los crímenes de lesa humanidad entre los delitos susceptibles de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí con posterioridad”.

humanidad. Otras dos características básicas de la extradición son los requisitos de doble tipicidad y de especialidad.

En relación al primer requisito, aunque en un primer momento se valoró la posibilidad de incorporar al propio texto de la Convención una visión amplia del principio de doble tipicidad, esta idea finalmente no fraguó y la única remisión a la misma puede encontrarse en el artículo 17, regulador del *ne bis in idem*:

“Una persona efectivamente juzgada por crímenes de lesa humanidad y condenada o absuelta no puede ser enjuiciada por otro Estado Parte por el mismo crimen basándose en los mismos, o sustancialmente los mismos, hechos que fundamentan el anterior enjuiciamiento”.

Esta versión amplia del requisito de doble tipicidad es una herramienta tremendamente importante de cara a evitar que los responsables de la comisión de crímenes contra la humanidad queden impunes por una mera cuestión de falta de homogeneidad terminológica entre los distintos códigos penales nacionales. Este problema no es hipotético. Es más, en el mundo del derecho penal internacional ha llegado a ser bautizado como “el problema Pinochet”, en referencia al debate generado por la solicitud de su extradición realizada por España al Reino Unido. El desenlace del proceso de extradición del dictador chileno se erige como una prueba irrefutable de que un enfoque estricto del requisito de la doble tipicidad puede conducir a resultados absurdos desde el punto de vista de la función última del derecho penal internacional. En efecto, el tribunal inglés aceptó el argumento de la defensa del militar, que alegó que las torturas de las que se acusaba a Pinochet no formaban parte de los delitos susceptibles de extradición porque en el momento de su comisión, el Reino Unido no tenía competencia para conocer de estos delitos cuando los mismos se cometieran fuera de su territorio⁷⁹⁴. Por todo lo anterior, Olson, en su particular análisis del alcance y contenido de la cláusula, aboga por una concepción amplia del requisito de doble tipicidad, que considera particularmente relevante de cara a asegurar la extradición para crímenes de lesa humanidad y de evitar que se repitan situaciones como la descrita⁷⁹⁵.

Con respecto al requisito de la concurrencia del principio de especialidad, su reconocimiento se infiere de la lectura conjunta del artículo 12 y el anexo 2, apartado E, párrafo 11, que reza como sigue: “Ninguna persona extraditada por crímenes de lesa humanidad será juzgada en el Estado requirente por un crimen distinto de aquel para el que se concedió la extradición a menos que el Estado requerido o la persona extraditada lo consientan”.

Olson evidencia en su capítulo lo que considera uno de los defectos de la Convención. Así, subraya que la protección de los derechos del extraditado

⁷⁹⁴ La jurisdicción extraterritorial para los delitos de tortura se incorporó al ordenamiento jurídico inglés en 1988 mediante la aprobación de la Ley de Justicia Penal (sección 134), cuya finalidad era adaptar la legislación interna para poder ratificar la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes de 1984, que entró en vigor en el Reino Unido el 29 de septiembre de 1988. Véase también sobre este caso, GARCÍA ARÁN, M; LÓPEZ GARRIDO, D., *Crimen internacional y Jurisdicción Universal: el caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

⁷⁹⁵ OLSON, L.M., “Re-enforcing...”, *op. cit.*, p. 331: “The broader approach is preferable because it not only responds to differences in legal systems, but is also particularly relevant to ensuring extradition for crimes against humanity. Many States do not have specific legislation criminalizing crimes against humanity as such, but they do have legislation criminalizing the underlying crime, such as murder, torture, or rape”.

exigiría que se siguiese en esta Propuesta la fórmula recogida en el Tratado Modelo de Extradición de Naciones Unidas, que prohíbe expresamente la re-extradición del sujeto a un tercer Estado⁷⁹⁶.

La autora aborda el tradicional obstáculo del principio de no extradición de nacionales con una sorprendente actitud pragmática. Así, tras constatar que este principio ha experimentado poca evolución en los últimos tiempos, pone el acento en buscar mecanismos para garantizar el efectivo enjuiciamiento si la solicitud de extradición se rechaza por este motivo⁷⁹⁷.

Otro importante punto merecedor de consideración es la articulación del principio de *non-refoulement* en la presente Propuesta⁷⁹⁸. Para entender la importancia de esta disposición, que no solo obliga a considerar las potenciales violaciones de derechos humanos sino también las violaciones del derecho internacional humanitario a la hora de decidir acerca de la devolución, es preciso conectar su contenido y el compromiso que del mismo se infiere con los derechos humanos, con los riesgos derivados de las extradiciones no oficiales, analizados en el Capítulo IV de esta obra.

La regulación del alcance y contenido de la extradición, así como el marco jurídico en el que debe desarrollarse, “resuelve” solo la mitad del problema. Es imprescindible abordar también aquí el segundo mecanismo, la asistencia judicial recíproca⁷⁹⁹, que se ocupa de la segunda vertiente del *aut dedere aut judicare*: la obligación de juzgar.

El que un Estado pueda llevar a cabo un enjuiciamiento de manera efectiva depende, en muchos casos de que exista una asistencia judicial recíproca, especialmente cuando el crimen no se ha cometido en el territorio bajo su jurisdicción. Por este motivo, y a la luz del carácter insuficiente de los mecanismos tradicionales (comisiones rogatorias que dieron lugar posteriormente a la promulgación de un número relativamente escaso de tratados bilaterales y multilaterales sobre asistencia judicial recíproca), Olson sostiene que “(...) to be effective at combating impunity, a specialized convention on crimes against humanity must include measures to guarantee and expedite effective fulfillment of requests of one State’s courts to those of another⁸⁰⁰”.

Los mismos obstáculos que se plantean en relación a la extradición (requisito de la doble tipicidad, principio de especialidad y la excepción del delito político),

⁷⁹⁶ Art. 14 del Tratado Modelo de Extradición de Naciones Unidas.

⁷⁹⁷ OLSON, L.M., “Re-enforcing...”, op. cit, p. 334.

⁷⁹⁸ Artículo 18 (No devolución): “1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya motivos fundados para creer que estaría en peligro de ser sometida a crímenes de lesa humanidad; 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia, en el Estado de que se trate, de un cuadro de violaciones sistemáticas graves, flagrantes o masivas de los derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario.

⁷⁹⁹ Artículo 13 (Asistencia judicial recíproca): “Los Estados Partes se prestarán la mayor asistencia posible en relación con investigaciones, procesos y actuaciones judiciales que se inicien con respecto a crímenes de lesa humanidad de conformidad con las disposiciones del anexo 3”.

⁸⁰⁰ OLSON, L.M., “Re-enforcing...”, op. cit, p. 336.

surgen en el ámbito del enjuiciamiento. Aunque de una primera lectura puede deducirse que, en este contexto, la presente Convención propone soluciones bastante insatisfactorias a los mismos, limitándose a prohibir la alegación de la excepción del delito político para denegar la asistencia judicial⁸⁰¹, la inclusión del mini-tratado sobre asistencia judicial recíproca que ofrece las bases legales para una cooperación judicial entre Estados en el anexo 3 de la Propuesta nos aleja de esta conclusión precipitada.

La cláusula de salvaguarda contenida en este anexo, hace del mismo un instrumento que no pone a los Estados en un compromiso en relación a las obligaciones adquiridas previamente por medio de tratado:

“C. Obligaciones dimanantes de otros tratados aplicables

1. Lo dispuesto en el presente anexo no afectará a las obligaciones dimanantes de otros tratados bilaterales o multilaterales vigentes o futuros que rijan, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca”.

Olson vuelve a ser crítica con la disposición relativa a las pruebas. El artículo 11.2. establece que:

“Los Estados Partes podrán, a efectos de la presente Convención, reconocer la validez de las pruebas obtenidas por otro Estado Parte incluso cuando las normas jurídicas y el procedimiento para la obtención de dichas pruebas no se ajusten a las mismas reglas de un Estado Parte determinado. Tal falta de conformidad no será motivo de exclusión de las pruebas, siempre que estas se consideren creíbles y hayan sido obtenidas de acuerdo con las normas internacionales relativas a las debidas garantías procesales. Este párrafo se aplicará a todos los aspectos de la presente Convención, lo que incluye, pero no se limita, a los siguientes: extradición, asistencia judicial recíproca, transmisión de procedimientos penales, ejecución de mandamientos judiciales, transmisión y cumplimiento de condenas penales extranjeras y reconocimiento de sentencias penales extranjeras”.

Según la autora, el Comité de redacción de la Convención debe considerar la modificación de este artículo para adecuarlo a las consolidadas normas existentes en este ámbito, que establecen que la legislación aplicable a la prueba es aquella del país que lleva a cabo el enjuiciamiento. Olson destaca los inconvenientes que el mantenimiento de esta disposición puede generar, sobre todo de cara a la ratificación de la Propuesta por parte de los Estados⁸⁰².

Cuestión distinta, pero ineludible, es el conflicto entre la asistencia judicial recíproca y los derechos del acusado. Esta figura (la asistencia) es un instrumento a utilizar sólo por los Estados. Bassiouni resume de manera muy clara la base de este conflicto, cuya resolución está aún muy lejos de ser conseguida:

“(g) overnments can make exclusive use of evidence they exchange between themselves and can, subject to their respective laws, deny access by the interested individuals to evidence that they have received from foreign

⁸⁰¹ Anexo 3 (I), párrafo 15: “La asistencia judicial no podrá ser denegada con base en la alegación de cargo oficial con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 6, ni en el carácter político del crimen”.

⁸⁰² OLSON, L.M., “Re-enforcing...”, *op. cit.*, p. 339.

governments, including exculpatory evidence when such individuals are accused of the commission of a crime⁸⁰³”.

El minucioso estudio de las distintas disposiciones que componen esta Convención deja entrever que se trata de un instrumento que combina de manera bastante equilibrada elementos de precaución (dirigidos a la consecución del mayor número de ratificaciones posibles) y elementos de innovación (tendientes a garantizar la erradicación de la impunidad con respecto a los crímenes de lesa humanidad, en un marco de respeto a los derechos humanos). De entre las innovaciones detectadas, la más importante es sin duda la creación del Fondo Fiduciario de Contribuciones Voluntarias⁸⁰⁴. La función principal de este Fondo es la de ofrecer a todos los Estados el apoyo económico necesario para cumplir con las obligaciones adquiridas mediante la ratificación del Tratado. Sin duda, la existencia de una “reserva económica” de la que pueden disponer los Estados para ejecutar tanto la obligación de extraditar como la obligación de juzgar (en la mayoría de los casos) conforme a los estándares internacionales de derechos humanos, es una de las herramientas más importantes para la consecución de los objetivos de esta Convención. La reducción de las desigualdades en las posibilidades de los distintos sistemas judiciales nacionales a la hora de enjuiciar un crimen de lesa humanidad supone dar un paso esencial hacia la democratización del derecho penal internacional. Es más, llevado al extremo, el perfecto funcionamiento de este mecanismo podría llegar incluso a paliar el déficit democrático del que en última instancia está infectada esta rama del derecho a través del rol del Consejo de Seguridad en la CPI. Precisamente por este motivo, es necesario repensar el carácter voluntario de las contribuciones. La aportación económica traduce compromiso con el contenido del Convenio y con los objetivos del mismo. Tratándose de una meta tan ambiciosa como la de acabar con los paraísos de impunidad en los que puedan esconderse los responsables de la comisión de crímenes contra la humanidad, su consecución no permite progresividad. Es necesario que la red de persecución y garantía del enjuiciamiento se extienda por todos los países y por ende, que todos estén activamente comprometidos con la obligación de extraditar o juzgar en los términos esbozados. El establecimiento de una “contribución obligatoria” (evidentemente progresiva) a este Fondo no solo permitiría contar siempre con fondos suficientes para garantizar un juicio justo en cualquier Estado del mundo sino que sería una muestra de compromiso real con la lucha contra la impunidad en el ámbito de los más atroces atentados

⁸⁰³ BASSIOUNI, C., “The Modalities of International Cooperation in Penal Matters”, en *II International Criminal Law*, p. 9, citado en OLSON, L.M., “Re-enforcing...”, *op. cit.*, p. 339

⁸⁰⁴ Artículo 19. Mecanismos Institucionales. Apartado E: “Los Estados Partes establecerán un Fondo Fiduciario de Contribuciones Voluntarias administrado por el Comité con el fin de prestar a los Estados Partes la asistencia técnica y el desarrollo de capacidades necesarios para apoyar los esfuerzos por cumplir con las obligaciones que se deriven de la presente Convención”. Sin perjuicio de reconocer su trascendencia, un análisis económico de los derechos de seguridad jurídica excede el ámbito de la presente investigación. Quede aquí simplemente referidos como ejemplo más reciente del rol de la economía en el efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales, uno de los argumentos esgrimidos por Senegal para rechazar el enjuiciamiento del ex dictador chadiano que se encontraba en su territorio, Hissène Habré: “(the trial) required substantial funds which Senegal cannot mobilize without the assistance of the international community”. Note Verbale de 21 de febrero de 2007, citado en CIJ, Cuestiones relativas a la obligación de extraditar o juzgar, Bélgica c. Senegal (Questions relating to the obligation to prosecute or extradite), Sentencia de 20 de julio de 2012, párr. 29.

contra los derechos humanos. Se desafiarían, con un solo gesto, tanto las limitaciones políticas como las fácticas, que hasta ahora han impedido que el *aut dedere aut judicare* se aplique efectivamente y desarrolle todo su potencial.

Por último, quede aquí anotado que se trata de una Propuesta de Convención que, aunque no admite reservas (artículo 23), reconoce que la configuración del *aut dedere aut judicare* varía de un Estado a otro⁸⁰⁵.

No cabe duda de que la Propuesta aquí analizada representa una importante contribución de cara a colmar uno de los más importantes vacíos jurídico existentes en el derecho penal internacional contemporáneo. Los argumentos que justifican esta afirmación han sido extensamente desarrollados en varios de los artículos que componen la obra en la que la misma se presenta⁸⁰⁶, pero sus puntos principales han sido inmejorablemente resumidos en el Informe Final de la Reunión de Expertos de abril⁸⁰⁷:

“(...) most crimes against humanity remain outside the ambit of a universal treaty, unless they involve a situation within the jurisdiction of the International Criminal Court. Even in that case, no provision for State Responsibility exists, and no mechanisms for interstate enforcement are provided for”.

Se ha visto a lo largo del examen que nos ha ocupado en este apartado que la presente Propuesta ofrece soluciones para todas estas cuestiones. Pero como siempre en el ámbito del derecho convencional, el ponerlas en marcha dependerá de la voluntad política que los Estados manifiesten a través de la ratificación del texto. Hasta que llegue el día en que todos los Estados del mundo decidan ratificar esta Convención, pasamos al plan B⁸⁰⁸. En efecto, hay otra fuente de derecho internacional que nos permite dilucidar el carácter obligatorio de esta cláusula alternativa, independientemente de su inclusión en un instrumento convencional: la costumbre internacional. El siguiente capítulo está dedicado a su estudio.

⁸⁰⁵ Nota explicativa 2 del artículo 23: “Se entiende que los sistemas legislativos nacionales varían, que estas variaciones se aplicarán a las modalidades de «aut dedere aut judicare» y que los Estados podrán hacer declaraciones sobre sus respectivos ordenamientos jurídicos y procedimientos nacionales. Ello se aplica particularmente a los artículos 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 de la presente Convención”. La elección de esta fórmula parece apoyar la configuración flexible de la obligación de extraditar o juzgar, defendida por Plachta y sostenida también en este trabajo por su capacidad para responder de forma más eficaz a los retos que la investigación de los crímenes de lesa humanidad puedan plantear en cada caso, minimizando así el riesgo de impunidad.

⁸⁰⁶ STANTON, G.H., “Why the World Needs and International Convention on Crimes Against Humanity” en *Forging a Convention...op. cit.*, p. 345.

⁸⁰⁷ Crimes Against Humanity Initiative, Final Report of the April Experts’ Meeting, April 12-15 2009, St. Louis, citado en *Forging a Convention...op. cit.*, p. 323.

⁸⁰⁸ Pasamos a este plan tanto en sentido figurado como literal en tanto que volviendo al primer párrafo de este capítulo que enumeraba las fuentes del derecho internacional recogidas en el artículo 38.1 del Estatuto del TIJ, el apartado b) hace referencia precisamente a la costumbre internacional. Quede aquí anotado que en el momento en que se escribe esta tesis, el trabajo del Grupo liderado por Leila Sadat ha comenzado a dar sus primeros frutos. El 30 de julio de 2013, la CDI decidió incluir, mediante votación, el tema de los crímenes contra la humanidad y su desarrollo convencional como parte de su labor a largo plazo. Se espera que las primeras incursiones en esta vasta cuestión tengan lugar a principios de 2014, previo nombramiento de un Relator Especial para el tema. Consultado el 15/08/2013.

VII. EL *AUT DEDERE AUT JUDICARE* COMO OBLIGACIÓN CONSUETUDINARIA

7.1. La costumbre internacional

Una vez aclarada la cuestión de la naturaleza convencional de la obligación de extraditar o juzgar, en este capítulo se intentará despejar la segunda incógnita, estrechamente vinculada a la primera⁸⁰⁹: ¿es posible otorgar naturaleza de costumbre internacional a la obligación de extraditar o juzgar en relación a los crímenes de lesa humanidad⁸¹⁰?

La determinación de las normas que conforman el derecho internacional consuetudinario representa una de las labores principales de la CDI. Así, las primeras incursiones en esta materia pueden retrotraerse a 1949, con la inclusión del tema “Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario” en su programa de trabajo⁸¹¹.

Más de medio siglo después, la CDI sigue inmersa en una lucha por arrojar algo de luz sobre los criterios para determinar la formación de la costumbre. En efecto, en su 63º período de sesiones celebrado en 2011, este órgano decidió

⁸⁰⁹ Así, la constante interacción entre los tratados y la costumbre ha dado lugar a lo que la doctrina se refiere como los tres efectos clásicos de las relaciones entre el derecho convencional y consuetudinario: declarativo, cristizador y generador, descritos originariamente por E. Jiménez de Arechaga. ARECHAGA, E.J., *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980, pp. 17 y ss; Baxter, por su lado, presenta una propuesta sistematizadora desde el punto de vista convencional. Así, distingue entre tratados multilaterales de codificación que declaran el derecho consuetudinario existente en la materia, tratados multilaterales constitutivos de un nuevo derecho consuetudinario que se origina a partir de la aplicación generalizada de dicho tratado y tratados bilaterales que evidencian y aprueban el derecho consuetudinario existente. Citado en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional Público*, 4º ed., Thomson Civitas, 2008, p. 210. Consúltense las páginas 211 y ss para una examen más exhaustivo de los supuestos de interacción entre costumbre y tratado. Véase también RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.A., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6º ed., Tecnos, 2006, p. 209.

⁸¹⁰ La estructuración de este capítulo responde a las pautas señaladas por la CDI para el estudio de esta cuestión. Así, El Relator Especial reconoce en el cuarto informe que de entre la fuentes de la obligación de extraditar o juzgar (tratados internacionales, costumbre internacional, principios generales del derecho, la legislación nacional y la práctica de los Estados), “las principales son los tratados internacionales y la costumbre internacional, por ser estas las fuentes de derecho internacional más importantes y las que se aplican con carácter más general. Por lo tanto, el presente informe se limitará a examinar estas dos fuentes de la obligación de extraditar o juzgar (Comisión de Derecho Internacional, 63º período de sesiones, Cuarto informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 31 de mayo de 2011, Doc: A/CN. 4/648, párr. 23).

⁸¹¹ El examen de este tema dio lugar a un influyente informe, aún citado como referente de autoridad en los trabajos sobre la costumbre internacional. Véase Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1950, vol. II, documento A/1316, párrs. 24 a 94.

incluir el tema “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario” en su programa de trabajo a largo plazo. Al año siguiente, en su 64º período de sesiones, trasladó el tema al trabajo actual de la Comisión y nombró Relator Especial a Michael Wood⁸¹². A fecha de noviembre de 2013, estos trabajos han dado lugar a la publicación de una nota⁸¹³ y un primer informe por parte del Relator Especial que contiene, en esencia, un análisis del alcance del tema y los posibles resultados así como un examen de algunas cuestiones relacionadas con el derecho internacional consuetudinario como fuente del derecho. También se examinan los diversos enfoques que se han sugerido en relación con la formación y documentación de las normas de derecho internacional consuetudinario⁸¹⁴.

Tratándose la costumbre de una de las fuentes básicas del derecho internacional, no han faltado autorizadas contribuciones comprensivas de propuestas de principios que guíen su formación. Entre ellas, cabe destacar el *London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, que culmina una labor de más de quince años por parte de la Asociación de Derecho Internacional⁸¹⁵.

⁸¹² Comisión de Derecho Internacional, 64º período de sesiones, Doc. A/CN.4/R.3132.

⁸¹³ Comisión de Derecho Internacional, 64º período de sesiones, Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario. Nota de Michael Wood, Relator Especial. 30 de mayo de 2012. El calendario provisional para el desarrollo del tema se divide en cinco fases, estando la culminación del trabajo prevista para 2016. De entre las reflexiones preliminares para la consideración del tema, algunas merecen ser citadas. Destacan, entre otras, el posicionamiento a favor de abordar el estudio del tema partiendo de la unidad del derecho internacional como sistema jurídico (párr. 22) y la idea de presentar los resultados de la labor como una serie de “conclusiones” con comentarios para evitar una normatividad excesiva en tanto que lo que se pretende “no es codificar “normas” para la formación del derecho internacional consuetudinario, sino ofrecer orientaciones autorizadas a los encargados de identificar el derecho internacional consuetudinario, incluidos los jueces nacionales e internacionales (...)” (párr. 24). En cuanto las directrices a tener en cuenta para la identificación de la costumbre, el Relator considera que “es probable que las directrices más fiables sobre el tema se encuentren en la jurisprudencia de las cortes y los tribunales, en particular de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Permanente de Justicia Internacional. (...) También podría encontrarse orientación en la jurisprudencia de los tribunales nacionales, la labor de codificación que realizan las organizaciones no gubernamentales y la doctrina de los especialistas en derecho internacional público. (...) También será necesario abordar cuestiones generales de metodología, por ejemplo, el peso relativo que se otorgue a las investigaciones empíricas sobre la práctica de los Estados en comparación con los razonamientos deductivos(...)” (párr.18-19).

⁸¹⁴ Comisión de Derecho Internacional, 65º período de sesiones, Primer informe sobre formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, presentado por el Sr. Michael Wood, Relator Especial, 17 de mayo de 2013, Doc NU: A/CN.4/663.

⁸¹⁵ Se trata de un documento que contiene 33 principios en los que la Asociación trabajó entre 1985 y 2000. Está dividido en 5 partes: la primera aborda las definiciones (principios 1-2), la segunda trata el elemento “objetivo” (principios 3-15), la tercera se encarga del elemento “subjetivo” (principios 16-19), la cuarta se adentra en el rol de los tratados internacionales en la formación de la costumbre internacional (principios 20-27) y la quinta se concentra en la contribución de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de las resoluciones de las conferencias internacionales (principios 28-33). La profundidad y el rigor con el que se enfrentan, de manera desglosada, todos los aspectos relativos a la formación de la costumbre internacional mediante la propuesta de principios acompañados de ricas notas explicativas, hacen de este documento una fuente de obligada consulta para el estudio del

En su manual de Derecho Internacional Público, los profesores González Campos, Sánchez Rodríguez y Andrés Sáenz de Santa María, definen la costumbre como “un modo de formación del derecho de carácter espontáneo, resultante del obrar de los Estados en sus relaciones con otros Estados, esto es, de la práctica internacional⁸¹⁶”. Sin embargo, apoyándose en la jurisprudencia del TIJ, completan esta definición puntualizando que “el carácter obligatorio de la práctica o, si se quiere, la convicción de que ésta es generalmente aceptada como derecho es lo que distingue a una norma consuetudinaria internacional de un simple uso internacional⁸¹⁷”.

Es frecuente que los estudios que abordan este fenómeno comiencen con una referencia al artículo 38 del Estatuto del TIJ, que define la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho⁸¹⁸. Sin perjuicio de los múltiples matices que rodean a esta figura y sin la pretensión de ahondar aquí en una tema de gran complejidad, extensamente tratado por la doctrina, por riesgo de caer en la superficialidad, queden aquí simplemente recordados de manera esquemática, los dos elementos sobre cuyo carácter configurador de la costumbre parece existir consenso: la práctica de los Estados y la creencia de que esa práctica, en tanto que derecho internacional, obliga jurídicamente: la *opinio iuris*⁸¹⁹.

Un estudio integral de la costumbre internacional pasa sin duda por aceptar el carácter interrelacional de la misma. La costumbre no se crea en la actualidad

derecho consuetudinario. Resolución 16/2000 (Formación del derecho consuetudinario general), aprobada el 29 de julio de 2000 por la Asociación de Derecho Internacional. Disponible en <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/30>, consultado el 21/08/2013.

⁸¹⁶ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional...op cit.*, p. 193.

⁸¹⁷ *Id.* El asunto al que se refieren los autores es el caso de la Plataforma continental del Mar del Norte, que enfrentó a Alemania con los Países Bajos y Dinamarca en 1969, tratados más adelante en este mismo capítulo.

⁸¹⁸ Definición criticada entre otros, por Remiro Brotóns sobre la base de que la costumbre no es la prueba de la práctica sino su resultado. Así, este autor propone la siguiente definición de la norma consuetudinaria: “(...) norma resultante de una práctica general, constante, uniforme y duradera llevada a cabo por los sujetos del DI y realizada con la convicción de ser socialmente necesaria hasta el punto de ser jurídicamente obligatoria”. REMIRO BROTONS, A., y otros, *Derecho Internacional...op cit.*, p. 503.

⁸¹⁹ Se citan aquí, a título puramente orientativo, los trabajos de los autores de referencia en este campo. nacionales: GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional Público...*, *op. cit.*, p.193 ; REMIRO BROTONS, A., y otros, *Derecho Internacional...op. cit.* p. 501; Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público...op cit.*, p. 122; Entre los internacionales, por todos, ROBERTS, A.E., “Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation”, *AJIL*, vol. 95, 2001, pp. 757-791 y LEPARD, B.D., *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, 2010. También en este sentido se ha pronunciado la CIJ, en casos como el de la Plataforma Continental entre Libia y Malta, TIJ, Plataforma Continental entre Libia y Malta, Sentencia de 21 de marzo de 1984, ICJ Reports, 1985, párr. 27 o el Dictamen de 8 de julio de 1996 sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, CIJ, Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, ICJ Reports 1996, párr. 64.

solo y exclusivamente a través de la práctica de los Estados, acompañada de la *opinio iuris*⁸²⁰. De hecho, según se afirma en los ya citados Principios de Londres, generalmente no es necesario demostrar la concurrencia del elemento subjetivo para afirmar la existencia de la costumbre (Parte III)⁸²¹.

En las circunstancias actuales, es ineludible tomar en consideración las aportaciones realizadas a esta realidad por los nuevos actores internacionales, tales como las organizaciones internacionales, las ONGs y las sociedades civiles con personalidad jurídica autónoma.

A los efectos del presente trabajo de investigación, dirigido a la exploración de la posible conformación de este fenómeno en el ámbito procesal penal internacional, también merece una atención especial la interacción entre costumbre y resoluciones de los organismos de Naciones Unidas.

Sirva como punto de partida la sintética explicación de este fenómeno por parte de los citados autores:

“(…) De otra parte, no puede desconocerse que en la hora actual existe una íntima relación entre el comportamiento general de los Estados y el particular en el seno de las N.U., de modo que dicha relación posibilita el hecho de que los actos de las Naciones Unidas pueden constituir, en ciertos casos, elementos importantes en el proceso de formación de la costumbre. En este orden de ideas, ciertos actos adoptados por la Asamblea General de las N.U., cuyo contenido y objeto afectan al ordenamiento internacional general (derechos humanos, situaciones coloniales, uso de la fuerza, relaciones de amistad y cooperación, etc.), puede considerarse que constituyen la expresión del *consensus* general de

⁸²⁰ Algunos autores han constatado la ineludible conexión que existe entre ambos requisitos de la costumbre hasta el punto de hacer de la *opinio iuris* un elemento que es al mismo tiempo prueba y resultado del derecho consuetudinario. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., Curso de Derecho Internacional Público..., *op. cit.*, p. 208: “(…) que siendo insustituible la convicción jurídica para la producción de la costumbre, su existencia y prueba misma se vinculan a la práctica estatal que sirve de base, práctica que debe ser evaluada en cada caso concreto a los fines de precisar si en la misma está implícito el sentimiento de obligatoriedad”. Véase también HAGGENMACHER, “La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de l Cour internationale”, *RGDIP*, vol. 90, núm. 5, 1986, p. 114: “En vérité, aucun des deux éléments n’existe comme tel dans les faits historiques censés être à la base d’une règle coutumière concrète....Les deux prétendus éléments n’ont en réalité aucune individualité propre; ils se trouvent inextricablement mêlés au sein d’une “pratique” unitaire. Cette pratique forme pour ainsi dire un seul “élément” complexe, fait d’aspects “matériels” et “psychologiques”.

⁸²¹ De esta opinión, MENDELSON, M., “The Formation of Customary International Law”, *RCADI*, vol. 72, 1998, pp. 155-410. Tras un detallado análisis de las dos escuelas desde las cuales se puede abordar al estudio del elemento subjetivo de la costumbre internacional (teoría voluntarista que eleva el consentimiento de cada Estado a elemento configurador necesario de la costumbre y la teoría “*opinio iuris sive necessitatis*”, que estima que la creencia de que la conducta en cuestión es legal o necesaria constituye el elemento subjetivo necesario de esta figura), este autor las descarta. Así, sostiene que ninguna de las dos escuelas logra ofrecer un método válido para explicar el rol del elemento subjetivo tanto en la costumbre en creación como en la costumbre ya establecida (pp. 253 y ss). La teoría voluntarista, según el autor, logra explicar el papel del elemento subjetivo en la costumbre emergente en tanto que exige la voluntad del Estado de quedar obligado por una norma aún no cristalizada, mientras que la teoría “*opinio iuris*” solo logra ofrecer una fórmula para detectar la existencia de una norma consuetudinaria en algunos casos de costumbres ya consolidadas (pp. 268 y ss.).

los Estados miembros, testimoniando la *opinio iuris* de dichos Estados y contribuyendo a la cristalización de la norma consuetudinaria en formación. De otra parte, puede estimarse que un acto emanado de la Asamblea General de las N.U., de idéntico objeto, es susceptible de iniciar el proceso de formación de una costumbre, si el contenido de dicho acto es aceptado por los Estados interesados y éstos le dan aplicación en la práctica internacional. La resolución de las N.U. constituye de este modo, el término *a quo* en el proceso de formación de la costumbre. Esta consecuencia, igual que la anterior, es jurídicamente posible si tenemos en cuenta que el proceso de creación del derecho en el sistema internacional, lejos de operar mediante una estricta separación entre sus diferentes manifestaciones (costumbre, tratado, actos de las organizaciones) se halla presidido, por el contrario, por una profunda interacción entre todos los actos que manifiestan el consentimiento del Estado en la práctica internacional⁸²²”.

Así, la exposición de los trazos principales del complejo cuadro de la costumbre internacional nos permite presentar al análisis que se llevará a cabo a continuación para determinar la posible naturaleza consuetudinaria del *aut dedere aut judicare* en relación al crimen de lesa humanidad.

Del estudio de la evolución convencional del reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar realizado en el capítulo anterior se puede inferir, al menos en lo referente a los crímenes internacionales, que las relaciones entre tratado y costumbre adquieren, en este ámbito concreto, una peso particular.

Estas relaciones tienen un peso específico también en la formación de la costumbre internacional. En efecto, el elemento objetivo (o práctica de los Estados) se puede inferir aquí del número de Estados que han ratificado los distintos instrumentos, del número de tratados que un concreto Estado ha ratificado, del número de Tratados que incluyen esta cláusula y de la importancia global de estos instrumentos convencionales en el amplio escenario del derecho penal internacional⁸²³.

Una vez extraídas las conclusiones en el ámbito convencional, en esta sección se intentarán estudiar de la forma más completa posible los distintos elementos de prueba de la costumbre internacional, con el fin de determinar si es posible otorgar esta naturaleza a la cláusula objeto de estudio con respecto al crimen de lesa humanidad.

En primer lugar, se analizarán las resoluciones de los organismos internacionales y tribunales internacionales en tanto que nuevos actores con un papel en la creación del derecho consuetudinario. En segundo lugar, se abordará de manera detallada y sistematizada las manifestaciones de los

⁸²² GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., Curso de Derecho Internacional Público..., *op. cit.*, pp. 195-196.

⁸²³ ENACHE-BROWN, C. y FRIED, A., “Universal Crime, Jurisdiction and Duty...*op cit.*, pp. 613-633, p. 628-629. Aunque ello no deja de presentar problemas, tal y como reconoce Claire Mitchell, MITCHEL, C., *Aut Dedere, aut Judicare...op cit.*, capítulo 1.3. Customary international law, ratification of treaties and conventions, párr. 31.

Estados en todas sus formas, desde la ratificación de tratados a la aprobación de legislación interna y la jurisprudencia, pasando por las manifestaciones verbales y escritas.

En relación a las manifestaciones de los Estados, el tradicional elemento objetivo de la costumbre o práctica de los Estados, se presenta de diversas maneras, siendo la ratificación de los Tratados tan solo una de ellas. La siguiente sección se desarrollará siguiendo el hilo conductor ofrecido por los Principios de Londres, que esbozan un marco teórico a partir del cual llevar a cabo una investigación exhaustiva de la concurrencia del elemento objetivo de la costumbre internacional, desde un enfoque estatal. Queden aquí recogidos algunos de los principios⁸²⁴ que han determinado la estructura:

“Principio 4: Los actos verbales, y no solo actos físicos, de los Estados pueden ser constitutivos de práctica de los Estados⁸²⁵”.

“Principio 5: Los actos sólo cuentan como práctica si son públicos⁸²⁶”.

“Principio 6: En circunstancias apropiada, las omisiones pueden ser constitutivas de práctica de los Estados⁸²⁷”.

“Principio 9: La práctica de los órganos ejecutivos, legislativos y judiciales del Estado debe ser considerada, atendiendo a las circunstancias, como práctica del Estado⁸²⁸”.

Este último principio permite sintetizar el contenido del segundo apartado de esta sección, dedicado a las manifestaciones de los Estados que abarca tanto las declaraciones formales y ratificaciones de instrumentos convencionales por parte de los gobiernos (órganos ejecutivos), como la aprobación de normativa interna que incorpore a la legislación nacional una emergente costumbre internacional (órganos legislativos), así como las sentencias de los tribunales nacionales que apliquen bien el derecho interno, bien el derecho internacional en un sentido coherente con el derecho consuetudinario en formación (órganos judiciales). Resulta también interesante la aclaración que sigue a esta nota en tanto que argumenta cómo solo desde una concepción del derecho consuetudinario como un derecho convencional tácito puede sostenerse que los

⁸²⁴ Traducción de la autora.

⁸²⁵ Asociación de Derecho Internacional, *London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, London Conference (2000), p. 14.

⁸²⁶ *Id.*, p. 15.

⁸²⁷ *Id.*, p. 15. El ejemplo que se trae a colación en el comentario a este principio es particularmente interesante por su relación con la cláusula procesal objeto de esta investigación: “It is true that, in the “Lotus” case, the PCIJ refused to regard the abstention of States (other than the flag State) from prosecuting for collisions on the high seas as establishing the existence of a rule of customary international law requiring them to refrain. (...) In appropriate circumstances, where there is not the same degree of ambiguity, it seems reasonable to regard abstentions or omissions as examples of State practice: e.g. if a State were to announce its intention to prosecute a foreign diplomat and then, following a protest, abstained from doing so”.

⁸²⁸ *Id.*, p. 17.

únicos órganos que pueden crear la práctica de los Estados son aquellos capaces de firmar acuerdos vinculantes en nombre del Estado:

“If one has no a priori attachment to such a theory, there is no reason why the criteria should be so restrictive. As a matter of comparative constitutional law and of legal theory, the State comprises the constituent, legislative, and judicial branches as well as the executive⁸²⁹”.

Se aborda también en este comentario, el potencial conflicto entre las posturas de las distintas vertientes del Estado y se sugiere resolver el choque mediante una valoración del peso que debe darse a las manifestaciones de los distintos órganos: “In the ultimate analysis, since it is the executive which has primary responsibility for the conduct of foreign relations, that organ’s formal position ought usually to be accorded more weight than conflicting positions of the legislature or the national courts⁸³⁰”.

En cuanto a la forma en la que se han de materializar estas manifestaciones de posición para llegar a ser constitutivas del elemento objetivo (y/o subjetivo) requerido para la formación de la costumbre, se abordarán, en el siguiente apartado, las manifestaciones orales y escritas en contextos internacionales, la aprobación de legislación interna y la jurisprudencia nacional⁸³¹.

La descripción propuesta en el Principio 12 coincide exactamente con los requisitos enumerados por Mendelson en su citada obra⁸³². El autor reconoce que la jurisprudencia del TIJ ofrece algunas directrices para la delimitación del

⁸²⁹ *Id.*

⁸³⁰ *Id.*, p. 18

⁸³¹ La presente clasificación de los medios para determinar la existencia de la costumbre se extrae de la consideración y examen de distintas propuestas por parte de la doctrina. Entre ellas, cabe destacar, por su carácter exhaustivo y claro, la contenida en el manual iusinternacionalista de GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional Público...op. cit.*, pp. 359-360: “a) Un primer grupo aparece constituido por los documentos de la correspondencia diplomática de los Estados, en los que se recoge la expresión de su consentimiento respecto de la aceptación o negación de que un determinado comportamiento es conforme a derecho. En este grupo debe incluirse, asimismo, el testimonio aportado por los tratados internacionales, pues en ocasiones un tratado declara que cierta norma recogida en el mismo forma parte del derecho en vigor. (...) Finalmente, este primer grupo de medios de prueba de carácter directo comprende las declaraciones gubernamentales en materias propias de las relaciones internacionales, así como las hechas por los órganos competentes del Estado y sus representantes, en conferencias, en el seno de Organismos internacionales o ante las jurisdicciones internacionales. b) Un segundo grupo incluye los actos de derecho interno, sean de carácter legislativo, administrativo o del poder judicial, en una materia propia de las relaciones internacionales. (...) c) En cuanto medios de carácter colectivo, en un tercer grupo cabe incluir las decisiones judiciales o arbitrales internacionales en las que se ha dado aplicación a las normas consuetudinarias. Así como las resoluciones adoptadas por los órganos de las instituciones internacionales, en particular las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. d) El cuarto grupo, por último, comprende los documentos adoptados por los órganos encargados de la labor de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, en especial los procedentes de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Pues éstos, al proponer nuevas normas o modificaciones de las existentes, suelen partir del derecho en vigor”.

⁸³² MENDELSON, M., “The Formation of Customary...*op. cit.*”, p. 218.

contenido y alcance de los conceptos de uniformidad⁸³³ y amplitud⁸³⁴, pero no se trata de una guía precisa, dato que subraya de manera reiterada mediante el recurso a ejemplos de asuntos sobre los que la Corte se ha pronunciado⁸³⁵.

“Principio 12: (i) La costumbre internacional general se crea mediante la práctica del Estado de naturaleza uniforme, amplia y representativa. Estos tres requisitos se abordan en las Secciones 13-15. (ii) A pesar de que generalmente transcurrirá algún tiempo antes de que exista práctica suficiente para satisfacer estos criterios, no se exige un período de tiempo determinado”.

Con todo, y en consonancia con los epígrafes que se desarrollan a continuación, esta investigación solo puede aspirar a sistematizar los datos existentes en relación al estado de la práctica estatal y la postura de los tribunales y organismos internacionales respecto a la obligatoriedad de extraditar o juzgar a aquellos presuntos responsables de crímenes contra la humanidad. A falta de criterios matemáticos y ciertos, del análisis holístico de estos datos, se ofrecerán algunas conclusiones de las cuales poder inferir bien la cristalización de esta cláusula, con respecto al crimen de lesa humanidad, en costumbre internacional, o bien la insuficiencia de elementos de prueba para afirmar la cristalización de este principio como costumbre internacional.

7.2. Resoluciones organismos internacionales y tribunales internacionales

⁸³³ Desarrollado en el Principio 13. “Para que la práctica estatal cree una norma de derecho consuetudinario, ésta tiene que ser uniforme, interna y colectivamente. Con uniformidad “interna” se hace referencia a la necesidad de que el Estado cuyo comportamiento se está considerando, haya actuado en el mismo sentido en prácticamente la totalidad de las situaciones en las que se ha visto envuelto en esta práctica. Con uniformidad “colectiva” se hace referencia a la necesidad de que los distintos Estados no hayan llevado a cabo conductas sustancialmente diferentes, realizando algunos una cosa mientras otros hacen otra”.

⁸³⁴ Desarrollado en el Principio 14: “(i) Para que una norma general de derecho internacional consuetudinario entre en vigor, es necesario que la práctica de los Estados sea amplia y representativa. Sin embargo, no se requiere que sea universal. (ii) En virtud de las normas sobre la objeción persistente recogidas en el Principio 15 a continuación, para que un Estado específico quede vinculado por una norma general de derecho internacional consuetudinario no es necesario probar que participó activamente en la práctica o que consintió en ella deliberadamente mediante aquiescencia”.

⁸³⁵ Particularmente clarificador resulta el siguiente párrafo, en el que el autor explica cómo esta imprecisión, que puede dar lugar a confusión debido a la falta de criterio cierto, responde al carácter informal de este cuerpo normativo: “We lawyers may find this lack of precisión troubling. After all, we know exactly how many votes are needed to adopt legislation, how many to adopt a multilateral treaty, and how many ratifications to bring it into force. More fundamentally, lawyers like certainty. But, as was pointed out in Chapter I, we must remember that customary law is not really like that. One of its distinguishing features is its informality, not to say formlessness. In this respect, customary law is like other informal social rule systems, such as those of fashion. To followers of fashion, numbers are significant, but there is no magic number, the achievement of which means that a fashion has been created or changed. Similarly, in any sort of customary law society (not just the international one), there is no special number that has to be achieved before something becomes a general rule”. (pp. 223-224). Entre los ejemplos a los que alude, cabe destacar el asunto de la Disputa Fronteriza (Burkina Faso/ República de Mali) de 1986 y los casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte de 1969.

La norma 11 de los Principios de Londres está dedicada al reconocimiento de la práctica de las organizaciones internacionales como constitutiva del elemento objetivo del derecho consuetudinario. Así establece que “La práctica de las organizaciones intergubernamentales como personas jurídicas autónomas (*in their own right*) es una forma de “práctica del Estado⁸³⁶”.

En efecto, si bien es cierto que algunas organizaciones intergubernamentales con personalidad jurídica propia como la Secretaría General de Naciones Unidas⁸³⁷, tienen la capacidad de realizar actos que contribuyan a la formación del derecho internacional, otras pueden resultar redundantes, como las resoluciones de la Asamblea General que incluyen declaraciones sobre la costumbre internacional⁸³⁸.

7.2.1. Asamblea General y Consejo de Seguridad de Naciones Unidas

Al inicio de este capítulo, se ha hecho referencia a los tres efectos clásicos de las relaciones entre el derecho convencional y consuetudinario: efecto declarativo, generador y cristalizador. La doctrina⁸³⁹ y la jurisprudencia internacional⁸⁴⁰ atribuyen a las resoluciones de la Asamblea General los mismos efectos.

La fundamentación de esta atribución ha sido expuesta de manera exquisita por el Profesor Remiro Brotóns: “Estamos ante un órgano plenario de naturaleza política, en el que tienen voz y voto los representantes de la práctica

⁸³⁶ Asociación de Derecho Internacional, *London Statement of Principles... op cit.*, p. 19.

⁸³⁷ En la nota que sigue a este principio se alude a la remisión hecha por el TIJ en el asunto de las Reservas al Convenio sobre Genocidio, a la práctica depositaria del Secretario General de Naciones Unidas y se tienen en cuenta las actividades militares de la organización en tanto que contribuyen a la formación de la costumbre internacional en relación a la conducta durante los conflictos armados.

⁸³⁸ Se aclara en el comentario al principio que estas declaraciones son en realidad actos verbales realizados por los Estados miembros del órgano y que por ende, tratar la resolución en sí misma como un elemento de práctica diferenciado de las votaciones y declaraciones previas a la resolución resultaría redundante.

⁸³⁹ Sólo en el ámbito nacional, véanse, entre otros, REMIRO BROTONS, A., y otros, *Derecho Internacional...op. cit.*, p. 548; PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, XIV Ed., Tecnos, Madrid, 2010, pp. 150-151; Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional...op. cit.* p. 213. CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público...op cit.*, pp. 130-133. A nivel internacional, los Principios 28-33 de la Declaración de Londres sobre los Principios Aplicables a la Formación de la Costumbre Internacional General 28-33 son de obligada consulta, promulgados tras 15 años de trabajo de la Asociación de Derecho Internacional.

⁸⁴⁰ Véase, entre otros, los siguientes asuntos ante la CIJ: Actividades militares y paramilitares en y en contra Nicaragua, 1986, Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares por un Estado en un conflicto armado, 1996 o Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, 2004.

totalidad de Estados que componen la sociedad internacional actual (amén de la participación de otros actores con status diverso) con competencias generales que pueden cubrir cualquier asunto o cuestión dentro de los amplios márgenes constitucionales de la Carta (arts. 10 a 14) y, entre ellas, la específica de impulsar el desarrollo progresivo del DI y su codificación (art. 13.1.a). ¿Qué más puede pedirse para afirmar que la AG es un excelente receptáculo de opiniones políticas y crisol de una voluntad colectiva sobre los principios y normas que rigen o han de regir las relaciones internacionales? (...) Ha de entenderse, por consiguiente, que una resolución de la AG puede ser la expresión o contribuir a la formación de una norma consuetudinaria y, al mismo tiempo, constituir la prueba del estado de cualquiera de sus elementos constitutivos: práctica y opinio iuris, pues no cabe duda de que la Asamblea es un excelente termómetro que permite, rápida y eficazmente, la medición de ambos⁸⁴¹”.

Evidentemente, el peso de estas resoluciones en la formación de la costumbre internacional dependerá de varios factores (naturaleza y contenido de la resolución, práctica precedente y subsiguiente,...). El análisis de 5 resoluciones pertinentes en relación con la cristalización del *aut dedere aut judicare* como costumbre internacional, se abordará exclusivamente desde el criterio del apoyo recibido en el momento de su adopción a través de la votación⁸⁴².

La **Resolución 2312** de 14 de diciembre de 1967 (Declaración sobre asilo territorial) de 1967, aprobada por consenso, es citada por los defensores de la naturaleza consuetudinaria de la cláusula procesal, como el primer reconocimiento internacional de una obligación consuetudinaria de extraditar o juzgar a los presuntos autores de crímenes contra la humanidad como medio para asegurar que no encuentren refugio en ningún territorio. Se trata de una resolución formulada en términos de recomendación, en tanto que el tenor literal del artículo 1.2 de esta Declaración reza como sigue:

“La Asamblea General (...)

Recomienda que, (...), los Estados se inspiren, en su práctica relativa al asilo territorial, en los principios siguientes:

No podrá invocar el derecho de buscar asilo, o de disfrutar de éste ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos⁸⁴³”.

⁸⁴¹ REMIRO BROTONS, A., y otros, *Derecho Internacional...op. cit.*, p. 549.

⁸⁴² En los casos en los que esto sea posible ya que la mayor parte de las Resoluciones de la AG se aprueban mediante consenso.

⁸⁴³ AG, RES 2312, Doc NU: A/RES/2312 (XXII) de 14 de diciembre de 1967 (Declaración sobre el Asilo Territorial). Sin embargo, puntualiza Scharf, citando los minutos originales del debate de esta resolución, que “la mayoría de los miembros enfatizó que el borrador de declaración bajo consideración no estaba dirigido a la promulgación de normas legales o a cambiar las normas de derecho internacional existentes, sino al establecimiento de amplios principios morales y humanitarios sobre los que los Estados habrían de basarse con el fin de intentar unificar sus prácticas en relación a la cuestión del asilo”. SCHARF, M. P., “From the eXile Files: An Essay on Trading Justice for Peace”, *Wash. & Lee L. Rev.*, vol. 63, 2006, pp. 339-

Cuatro años más tarde, la Asamblea General aprobaba la **Resolución 2840**, que abordaba, mediante votación, la cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hubieran cometido crímenes de lesa humanidad. De los 132 Estados que formaban parte de las Naciones Unidas en ese momento, 71 votaron a favor, ninguno votó en contra, 42 se abstuvieron y hubo 19 Estados que no votaron. Para inferir el reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar del texto de la misma, es preciso realizar una interpretación conjunta de 3 de los 5 apartados que componen la resolución:

“La Asamblea General

(...)

1. *Urge* a todos los Estados a cumplir las resoluciones pertinentes de la Asamblea General y a adoptar medidas conformes con el derecho internacional para combatir y prevenir los crímenes de guerra y de lesa humanidad, así como también para asegurar el castigo de todos los culpables de tales crímenes, incluida su extradición a los países en que los cometieron.

2. *Urge además* a todos los Estados a cooperar entre sí, especialmente en la reunión y transmisión de información que pueda contribuir a la identificación de las personas culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, y a su detención, extradición, enjuiciamiento y castigo;

(...)

4. *Afirma* que la negativa de un Estado a cooperar en la detención, extradición, enjuiciamiento y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad es contraria a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como a las normas de derecho internacional universalmente reconocidas⁸⁴⁴”.

El 3 de diciembre de 1973, la AG, aún con mayor apoyo, aprueba la **Resolución 3074**, sobre los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad. Si bien es cierto que la obligación de extraditar o juzgar no está formulada aquí en términos inequívocos y que, para lograr inferirla, es necesario realizar una interpretación conjunta y no literal del texto de la Resolución, deben subrayarse aquí 3 de los 9 principios que componen la resolución y que son fundamentales para deducir el reconocimiento de la obligación alternativa en el texto:

“1. Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas. (...)”

377, p. 362, citando la Declaración de Asilo Territorial, 1967 U.N.Y.B. 758, 759, U.N. Sales No. E.68.I.1.

⁸⁴⁴ AG, RES 2840, Doc NU: A/RES/2840 (XXVI) de 18 de diciembre de 1971 (Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad).

6. Los Estados cooperarán mutuamente en la compilación de informaciones y documentos relativos a la investigación a fin de facilitar el enjuiciamiento de las personas a que se refiere el párrafo 5 supra e intercambiarán tales informaciones.

7. De conformidad con el artículo 1 de la Declaración sobre el Asilo Territorial de 14 de diciembre de 1967, los Estados no concederán asilo a ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad⁸⁴⁵”.

Las alusiones al carácter extraterritorial de la jurisdicción competente (“dondequiera”) junto con la prohibición de otorgar asilo por remisión a la Resolución 2311, proporcionan elementos suficientes para inferir la citada cláusula, si bien es cierto que para ello ha de recurrirse a una interpretación teleológica y conjunta de los citados apartados.

En 1992 y en un contexto de preocupación por la creciente incidencia de casos de desapariciones forzadas, la AG promulga, de manera consensuada, la **Resolución 47/133**. Su artículo 14 incorpora la obligación de extraditar o juzgar como mecanismo procesal de lucha contra la impunidad en el ámbito de este grave fenómeno, y reza como sigue:

“Los presuntos autores de actos de desaparición forzada en un Estado, cuando las conclusiones de una investigación oficial lo justifiquen y a menos que hayan sido extraditados a otro Estado que ejerce su jurisdicción de conformidad con los convenios internacionales vigentes en la materia, deberán ser entregados a las autoridades civiles competentes del primer Estado a fin de ser procesados y juzgados. Los Estados deberán tomar las medidas jurídicas apropiadas que tengan a su disposición a fin de que todo presunto autor de un acto de desaparición forzada, que se encuentre bajo su jurisdicción o bajo su control, sea sometido a juicio⁸⁴⁶”.

Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996

La AG realmente no ha adoptado este Proyecto, sino que ha reconocido el trabajo de la CDI y ha invitado a los gobiernos a hacer comentarios y observaciones (Res 51/160 de 1996). El artículo 9 recoge una obligación de extraditar o juzgar en caso de delitos fundamentales. En el Informe de la Comisión de Derecho Internacional de la Sesión 64 (2012), se recogió que una de las cuestiones discutidas había sido la conveniencia de estudiar la práctica estatal “para ver si existía una norma consuetudinaria que reflejara la obligación general de extraditar o juzgar en el caso de determinados delitos, o si dicha

⁸⁴⁵ AG, RES 3074, Doc. NU. A/RES/3074 (XXVI) de 3 de diciembre de 1992 (Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad).

⁸⁴⁶ AG, RES 47/133, Doc NU: A/RES/47/133 (XXVI) de 18 de diciembre de 1992 (Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas).

obligación era un principio general del derecho.(...) También se sugirió que la labor podía centrarse en delitos fundamentales previstos en derecho internacional (genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, etc) y en su relación con la obligación de extraditar o juzgar, a fin de cubrir cualquier laguna existente en el derecho sobre la responsabilidad penal individual. No obstante, otros miembros pusieron en duda la utilidad de dicha tarea. Con respecto a los delitos fundamentales previstos en el derecho internacional, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y las vulneraciones graves del derecho internacional humanitario, se dijo que tal ejercicio sería vano ya que la Comisión había concluido, en 1996, el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, cuyo artículo 9 contiene ya una obligación de extraditar o juzgar en el caso de los delitos fundamentales⁸⁴⁷”.

Esta afirmación fue contestada con argumentos que se confirman en esta investigación a la luz de los resultados del análisis realizado:

“(...) cuando la Comisión estaba elaborando el Proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, en 1996, la aprobación de los artículos 8 y 9 de dicho código parecía haber estado impulsada por la necesidad de contar con un sistema efectivo de tipificación y procesamiento más que por la intención de evaluar la práctica estatal y la doctrina existentes⁸⁴⁸”.

Sin embargo, es preciso reconocer que si el Proyecto de Código (y por ende sus artículos 8 y 9) fuese, en relación a esta concreta cuestión, “una codificación del derecho internacional consuetudinario que imperaba en 1996⁸⁴⁹”, siendo por tanto aplicables, no solo a los Estados parte en el proyecto sino a todos los Estados, habríamos contestado a la pregunta objeto de este trabajo con una simple referencia a un instrumento de derecho internacional preexistente que ya recogía la obligación de extraditar o juzgar con respecto de los crímenes de lesa humanidad⁸⁵⁰.

Por último, en 1997 y siempre en el ámbito de las subcategorías de crímenes de lesa humanidad, la **Resolución 51/60** promulga una serie de artículos a través de los cuales pretende la adopción, por parte de los Estados, de medidas eficaces para luchar contra las graves manifestaciones de la delincuencia organizada, uno de cuyos subtipos es la trata de personas. Entre las

⁸⁴⁷ Comisión de Derecho Internacional, Informe del 64º período de sesiones (2012), Doc NU: A/67/10, párr. 210.

⁸⁴⁸ *Id.*, párr. 211.

⁸⁴⁹ Curiosamente, es el Relator Especial para la obligación de extraditar o juzgar el dueño de estas palabras, probablemente pronunciadas desde el enfoque descriptivo al que le forzaba el estadio inicial de la investigación. Sin perjuicio de reconocer que la inclusión de la referida obligación en este Proyecto representó una importante contribución y un indicio positivo hacia la consolidación de la naturaleza consuetudinaria de la obligación, no puede reconocérsele el peso de ser la prueba concluyente. Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones, Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 7 de junio de 2006, Doc. NU. A/CN.4/571, párr. 2.

⁸⁵⁰ Véase el Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Doc. NU: A/CN.4/SER.A/1994, vol. II (segunda parte), párr.142.

herramientas propuestas, la Resolución, adoptada mediante consenso, incluye, en su artículo 3, la obligación de extraditar o juzgar en los siguientes términos: “Los Estados Miembros adoptarán medidas para impedir que las operaciones de las organizaciones delictivas reciban apoyo en sus territorios nacionales. Los Estados Miembros ofrecerán, en la medida más plena posible, la posibilidad de proceder efectivamente a la extradición o el enjuiciamiento de quienes estén involucrados en graves delitos transnacionales a fin de que no encuentren refugio seguro⁸⁵¹”.

Por otro lado, las resoluciones del Consejo de Seguridad, a pesar de su carácter imperativo cuando se dictan en aplicación del Capítulo VII, no pueden, en ningún caso, ser reconocidas como fuente de la costumbre internacional, en tanto que reflejo de una *opinio iuris* que podría, a falta de la práctica de los Estados, sustituirla⁸⁵². Otra cosa es que, en palabras de Remiro Brotóns, “se consideren las decisiones del Consejo en el marco general de la determinación de los elementos indicativos de la existencia, contenido y oponibilidad de una norma general, como ha hecho el TIJ en alguna ocasión (así en Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, 2004)⁸⁵³”.

Es precisamente desde esta perspectiva desde la que se realiza una breve referencia a algunas resoluciones del Consejo de Seguridad que pueden resultar de interés en el contexto descrito. Conviene aclarar que no se han encontrado resoluciones que se refieran expresamente a la obligación de extraditar o juzgar. Los pronunciamientos relevantes se limitan a aludir a uno de los dos componentes de la obligación, la de juzgar, con algunas referencias a la exigencia de cooperación para garantizar la eventual obligación de entrega al tribunal internacional *ad hoc*. Por ende, aunque estamos ante documentos que expresan un compromiso con la erradicación de la impunidad, se citan aquí a modo contextualizador, ya que la influencia que pueden tener en la cristalización del principio como costumbre, tanto por la forma como por el contenido, es prácticamente nula.

Así, entre los ejemplos que pueden traerse a colación, encontramos la

⁸⁵¹ AG, Res. 51/60, Doc. UN. A/RES/51/60 de 28 de enero de 1997 (Declaración de las Naciones Unidas sobre el delito y la seguridad pública). Además de estos documentos, existen algunas Resoluciones de la Asamblea General en las que se exige que los autores de delitos de derecho internacional humanitario sean llevados ante la justicia en casos como el de los países siguientes y, aunque no reconocen propiamente la obligación de extraditar o juzgar, obligan a los Estados a garantizar que los responsables de las más grandes violaciones de derechos humanos no se verán beneficiados por la impunidad: Iraq (resolución 54/178, de 17 de diciembre de 1999, párr. 3, apartado d)), República Democrática del Congo (resolución 54/179, de 17 de diciembre de 1999, párr. 3, apartado d)), Haití (resolución 54/187, de 17 de diciembre de 1999, párr. 8) y Rwanda (resolución 54/188, de 17 de diciembre de 1999, párr. 8).

⁸⁵² CORTEN, O., “La participation du Conseil de sécurité à l’élaboration, à la cristallisation ou à la consolidation de règles coutumières”, *Revue Belge de Droit International*, 2004, p. 552, pp.562-566. Este autor señala además que en caso de que esto se planteara como resultado del desarrollo progresivo de las fuentes de la costumbre internacional, sería necesario considerar todas y cada una de las reacciones de los Estados a una concreta Resolución del Consejo que quisiera arrogarse este efecto. Véase también GOWLLAND-DEBBAS, V., “The Limits of Unilateral Enforcement of Community Objectives in the Framework of the UN Peace Maintenance,” *EJIL*, vol. 11, núm. 2, 2000, pp. 361-383, p. 377.

⁸⁵³ REMIRO BROTONS, A., y otros, *Derecho Internacional...op. cit.* p. 549.

Resolución 978 de 1996, dictada un año después del establecimiento del TPIR que “insta a los Estados en cuyo territorio se hayan producido actos de violencia dentro de campamentos de refugiados a que arresten y detengan, (...) a las personas contra las cuales haya pruebas suficientes (...) y a que entreguen a esas personas a las autoridades competentes a los fines de su enjuiciamiento⁸⁵⁴”. Otras resoluciones que inciden en la importancia de enjuiciar a los responsables de las más graves violaciones del derecho internacional incluyen la **Resolución 1318** de 7 de septiembre de 2000 (Sección VI)⁸⁵⁵, la **Resolución 1120** de 14 de julio de 1997, en virtud de la cual el Consejo insta al Gobierno de Croacia a que aplique la ley de amnistía con justicia y objetividad, estudiando las violaciones graves de derecho internacional humanitario que no abarca la amnistía⁸⁵⁶, y la **Resolución 1325** de 31 de octubre de 2000, cuyo párrafo 11 “*Subraya* la responsabilidad de todos los Estados de poner fin a la impunidad y de enjuiciar a los culpables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, especialmente relacionados con la violencia sexual y de otro tipo contra las mujeres y las niñas y, a este respecto, *destaca* la necesidad de excluir esos crímenes, siempre que sea viable, de las disposiciones de amnistía;⁸⁵⁷”.

Si bien es cierto que el ámbito sustantivo de este trabajo está circunscrito al crimen de lesa humanidad, un recorrido por las resoluciones dictadas por el Consejo de Seguridad en el ámbito del terrorismo internacional resulta de utilidad, aunque no deja de poner de manifiesto la influencia política y los intereses de determinados Estados en la evolución de la práctica internacional.

Sin perjuicio de que la mayor parte de los instrumentos internacionales reguladores del terrorismo incorporan la referida cláusula alternativa, interesa, a efectos de la presente investigación, destacar que un gran número de resoluciones dictadas por este órgano hacen referencia al carácter imperativo del *aut dedere aut judicare*⁸⁵⁸.

Por último, en relación con el crimen de piratería, el Consejo de Seguridad ha adoptado algunas medidas que, en palabras del Profesor Marín Castán, “se

⁸⁵⁴ CºS, Res 978, Doc NU: S/RES/978 de 27 de febrero de 1995.

⁸⁵⁵ CºS, Res 1318, Doc NU: S/RES/1318 de 7 de septiembre de 2000.

⁸⁵⁶ CºS, Res 1120, Doc NU: S/RES/1120 de 14 de julio de 1997.

⁸⁵⁷ CºS, Res 1325 (2000), Doc NU: S/RES/1325 (2000) de 31 de octubre de 2000.

⁸⁵⁸ Entre otras, véase la Resolución 1267(1999), Talibanes protegiendo a Bin Laden: “(El Consejo de Seguridad) Exige que los talibanes entreguen sin más demora a Usama bin Laden a las autoridades competentes de un país donde haya sido objeto de un auto de acusación o a las autoridades competentes de un país a donde haya de ser devuelto o a las autoridades competentes de un país donde sea detenido y enjuiciado”; Resolución 1269 (1999). Recomendaciones e instancias generales: “Hace un llamamiento a todos los Estados para que, entre otras cosas, en el contexto de esa cooperación y coordinación, adopten medidas apropiadas para: (...) Denegar refugio a quienes planifiquen, financien o cometan actos terroristas, velando por que sean detenidos y procesados o extraditados”; Resolución 1456 (2003). Condena del terrorismo y exhortos generales: “3. Los Estados tienen que llevar ante la justicia a quienes financien, planeen, apoyen o cometan actos terroristas o proporcionen refugio seguro, de conformidad con el derecho internacional y en especial basándose en el principio de extradición o enjuiciamiento”. Para un repaso exhaustivo de las resoluciones de la Asamblea General en materia de terrorismo véase el Anexo IV de MITCHELL, C., *Aut Dedere, aut Judicare...op cit.*

encaminan a facilitar la investigación y enjuiciamiento de los responsables de las acciones piratas y, en su caso, hacerles cumplir la pena⁸⁵⁹”.

7.2.2. Tribunales *ad hoc*, la estrategia de conclusión y la regla 11 bis

El presente apartado puede resultar inicialmente un poco *fuori luogo* ya que no busca aportar ulteriores datos de análisis para responder a la pregunta de la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar. Lo que esta sección pretende es dar contenido al fundamento mismo de la cláusula alternativa a través del estudio de la justificación de lo que puede denominarse la atribución de jurisdicción “a la inversa”, es decir, la remisión a tribunales domésticos de casos de crímenes internacionales por parte de los tribunales internacionales *ad hoc*. Se pretende así apuntalar la legitimidad de los tribunales nacionales como órganos preferentes para conocer de las más graves violaciones de derechos humanos, mediante el análisis del fundamento jurídico de la famosa Regla 11 bis, aprobada en el epicentro de la estrategia de conclusión del TPIY y del TPIR.

La estrategia de conclusión es el fruto del trabajo de un grupo de expertos nombrado por el Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, a finales de los 90, para estudiar la manera de mejorar la eficiencia de los tribunales internacionales *ad hoc*. La estrategia, dirigida a completar el mandato de estos tribunales contribuyendo eventualmente al cierre de los mismos, estaba dividida en tres fases. En primer lugar, los Fiscales no abrirían investigaciones nuevas a partir del 31 de diciembre de 2004, con el objetivo de terminar todos los juicios antes del 31 de diciembre de 2008 y todas las apelaciones antes del 31 de diciembre de 2010⁸⁶⁰. En segundo lugar, el tribunal se concentraría en enjuiciar a los responsables políticos y militares de más alto rango por violaciones graves del derecho internacional humanitario y por último, todos los

⁸⁵⁹ MARÍN CASTÁN, F., “La piratería com crimen internacional”, *Cuadernos de Estrategia*, núm. 160, 2013, p. 143. Este autor se refiere en concreto a la Resolución 1816 de 2 de junio de 2008, que en su párrafo 11, “Exhorta a todos los Estados, y en particular a los Estados del pabellón, del puerto y ribereños, a los Estados de nacionalidad de las víctimas y los autores de actos de piratería y robo a mano armada, y a otros Estados que tengan la jurisdicción pertinente en virtud del derecho internacional y la legislación nacional, a que cooperen para determinar la jurisdicción, y en la investigación y el enjuiciamiento de las personas responsables de actos de piratería y robo a mano armada frente a la costa de Somalia, en forma compatible con el derecho internacional aplicable, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y a que brinden asistencia mediante, entre otras cosas, la prestación de asistencia logística y para la entrega de las personas que estén bajo su jurisdicción y control, como las víctimas y los testigos y las personas detenidas como resultado de las operaciones ejecutadas con arreglo a la presente resolución”. C°S, Res 1816 (2008), Doc NU: S/RES/1816 (2008) de 2 de junio de 2008. Para un detallado estudio de las Resoluciones del Consejo de Seguridad que contienen la obligación de juzgar en relación a los crímenes de guerra en el marco del derecho internacional humanitario véase el apartado VI. “United Nations” de la práctica relativa a la Regla 158 (Enjuiciamiento de crímenes de guerra) del proyecto de investigación acerca de la naturaleza consuetudinaria del derecho internacional humanitario realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja. Disponible en http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cha_chapter44_rule158, consultado el 27/09/2013.

⁸⁶⁰ Este objetivo, evidentemente no ha sido alcanzado ya que aún a día de hoy, 2 de noviembre, hay casos pendientes ambos tribunales, TPIY y TPIR, tanto en primera instancia como en apelación. Lista de casos consultada el 28/09/2013. Disponible en <http://www.unictr.org/Cases/tabid/204/Default.aspx> para el TPIR y aquí, para el TPIY.

casos que involucrasen a acusados de nivel medio o bajo serían remitidos a tribunales nacionales para su enjuiciamiento⁸⁶¹. A efectos de esta investigación, es esta tercera fase la que interesa traer a colación, y en concreto, el mecanismo procesal utilizado para materilizarla: la regla 11 *bis*.

La regla 11 *bis* forma parte de las Reglas de Procedimiento y Prueba que regulan el proceso en ambos tribunales y han sido modificadas en tres ocasiones, la última en 2005. En el año 2002, la primera modificación permitió la remisión de los casos bajo la jurisdicción del TPIY a los tribunales domésticos. En junio de 2004, se articula una nueva reforma de gran trascendencia de cara al análisis del fundamento de la jurisdicción aquí realizado: se amplía el elenco de Estados potencialmente receptores de casos mediante remisión. El apartado ii incorpora expresamente a este nuevo grupo al “Estado en el que el presunto autor ha sido arrestado”, mientras que el apartado iii alude al “Estado que, gozando de jurisdicción, tenga la capacidad y la voluntad de aceptar el caso⁸⁶²”.

Es importante subrayar que, en línea con la argumentación desarrollada en los primeros capítulos de esta obra acerca de la necesidad de consolidar un modelo procesal y extradicional que respete los estándares mínimos de derechos humanos, el apartado B de esta Regla, exige que la Sala esté suficientemente convencida de que el acusado recibirá un juicio justo y no será condenado a muerte por los tribunales del Estado al que remitan el caso⁸⁶³.

Hay varios aspectos de esta disposición que merecen especial atención. Por un lado, el reconocimiento individualizado de la presencia del acusado en el territorio como criterio válido de atribución de competencia jurisdiccional representa un apoyo importante a la fundamentación de la obligación de extraditar o juzgar como cláusula procesal que ha de llenar el vacío de impunidad en relación con los más graves crímenes internacionales. Estamos aquí ante un instrumento regulador de dos tribunales penales internacionales, establecidos para conocer de las más graves atrocidades cometidas en Ruanda y en la Antigua Yugoslavia, que positiviza que, a la hora de remitir estos casos penales a jurisdicciones domésticas, la presencia del acusado en el territorio es un criterio tan válido para su elección como el principio de competencia territorial o cualquier otro título habilitante de la jurisdicción en virtud del cual

⁸⁶¹ Este plan de tres fases fue aprobado por el Consejo de Seguridad, tanto para el TPIY como para el TPIR, mediante la Resolución 1503 de 18 de agosto de 2003 y la Resolución 1534 de 26 de marzo de 2004. Para una descripción estructurada de su contenido, véase MUNDYS, D., “Completing the mandates of the *ad hoc* international criminal tribunals: lessons from the Nuremberg process?”, *Fordham International Law Journal*, vol. 28, 2004-2005, p. 591, p. 601.

⁸⁶² Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY, Regla 11 bis, A. Versión actualizada del 22 de mayo de 2013, disponible en <http://icty.org/sid/136> consultada el 18/09/2013. Traducción de la autora.

⁸⁶³ *Id.*, apartado B: “The Referral Bench may order such referral proprio motu or at the request of the Prosecutor, after having given to the Prosecutor and, where applicable, the accused, the opportunity to be heard and after being satisfied that the accused will receive a fair trial and that the death penalty will not be imposed or carried out”.

el Estado sea competente⁸⁶⁴. Por otro lado, uno de los objetivos de la Regla 11 *bis* es precisamente el de potenciar el rol de las jurisdicciones nacionales en la investigación y enjuiciamiento de estos crímenes⁸⁶⁵. También es importante resaltar, a fin de evitar inferir conclusiones erróneas acerca del alcance del apoyo de los tribunales *ad hoc* a la consolidación del *aut dedere aut judicare*, que la remisión de los casos a los tribunales nacionales es una facultad y no una obligación⁸⁶⁶. Sin embargo, el minucioso análisis del funcionamiento de la Regla 11 *bis* realizado por la iusinternacionalista Olympia Bekou, invita a una reflexión acerca de la posibilidad de convertir la remisión al Estado de custodia (Estado del territorio en el que se halla el presunto responsable) en una orden de obligado cumplimiento emitida por el Consejo de Seguridad, que, en este caso, sería expresión de una defensa casi violenta de la vigencia y aplicabilidad de la obligación de juzgar (o extraditar?) por parte del Estado que halle al presunto responsable en su territorio:

“Interestingly, Rule 11 bis (a) (ii) does not require an examination into whether the custodial State would be willing to try the person, nor whether its legal system would be able to accept the case. From a practical perspective, there may not be national legislation granting jurisdiction on the basis of custody or even criminalizing the acts in question. Yet, if referred, the State would have to accept the indictment and proceed with trial because the ICTY is a creation of the Security Council acting under Chapter VII of the UN Charter, which renders its decisions binding on all UN member states⁸⁶⁷”.

En la práctica, los órganos de remisión (referral bench) de ambos tribunales han optado por un enfoque bastante conservador, aplicando, a petición de la Fiscalía, el principio de territorialidad a la casi totalidad de las remisiones⁸⁶⁸.

⁸⁶⁴ En estos términos se pronuncia el apartado iii del la Regla 11 bis A, incorporando así una norma penal en blanco que, entre otras cosas convierte la referencia expresa a la jurisdicción en virtud de la presencia en el territorio en redundante, a menos que a través de la misma se quisiera subrayar la sutil diferencia entre el principio de jurisdicción universal este criterio de atribución competencial. Si bien es cierto que la Fiscalía ha afirmado en repetidas ocasiones que el orden de enumeración de los criterios jurisdiccionales denota una jerarquía, tanto la doctrina como el propio tribunal han rechazado esta idea. BEKOU, O., “Rule 11 bis: an examination of the process of referral to national courts in the ICTY jurisprudence”, *Fordham International Law Journal*, vol. 33, 2009-2010, p. 723, p.753.

⁸⁶⁵ *Id.*, pp. 728-729. Con este mismo objetivo se ha creado recientemente, también en el marco de la estrategia de conclusión la “Hague Branch of the Mechanism for International Criminal Tribunals (MICT or Mechanism)”. Se trata de una nueva herramienta que busca por un lado, contribuir a llevar los procedimientos ya abiertos en ambos tribunales *ad hoc* a su fin y por otro, dar asistencia a las jurisdicciones nacionales como prueba del apoyo a un mayor protagonismo de las jurisdicciones domésticas en la investigación y enjuiciamiento de las más graves violaciones de derechos humanos. Véase <http://ilawyerblog.com/mechanism-for-international-criminal-tribunals-begins-work-in-the-hague/>.

⁸⁶⁶ *Id.*, p. 735.

⁸⁶⁷ *Id.*, pp. 755-756.

⁸⁶⁸ La única excepción es el caso de Vladimir Kovacevic. Ver TPIY, Fiscal c. Vladimir Kovacevic, caso núm. IT-01-42/2-I, Auto sobre la remisión del caso en aplicación de la regla 11 bis con Anexos Confidenciales y Parcialmente Ex Parte de 17 de noviembre de 2006, párr. 24. En este caso, el órgano de remisión remite el caso a Serbia a solicitud de la Fiscalía, en aplicación del principio de personalidad pasiva, reforzado por la presencia del acusado en el

Una de las críticas de las que es objeto esta regla afecta a la legitimidad del órgano creado para decidir las remisiones (“referral bench”), ya que se trata de un órgano cuya creación y funcionamiento se regulan exclusivamente en la propia regla 11 *bis* de las Reglas de Procedimiento y Prueba, sin que el Estatuto de ninguno de los dos tribunales se refiera a él⁸⁶⁹.

A nivel de derecho sustantivo, la remisión también presenta algunos inconvenientes. Así, por ejemplo, en el ámbito del crimen internacional objeto de esta investigación (crimen de lesa humanidad), la falta de incorporación de este tipo a la legislación de la Ex Yugoslavia, aunque ya subsanada en las acusaciones realizadas por Bosnia, ha determinado que algunos de estos crímenes hayan tenido que ser reconducidos y calificados como crímenes de guerra para poder ser enjuiciados⁸⁷⁰.

A día de hoy, el TPIY ha remitido un total de 13 acusados a jurisdicciones domésticas⁸⁷¹, fundamentalmente a la Cámara para crímenes de guerra en Bosnia y Herzegovina, mientras que en el caso del TPIR son 5 los acusados cuyos casos han sido remitidos a los tribunales nacionales de Ruanda y Francia⁸⁷².

Los fundamentos jurídicos y de política internacional que subyacen a estos números, a pesar de no ser fuente directa de la naturaleza jurídica de esta cláusula alternativa, contribuyen a dotar de contenido, al menos desde el punto de vista de la justificación, al DI en este ámbito.

En este sentido, puede traerse a colación aquí la máxima que reconoce que, sin perjuicio del relevante papel que las decisiones judiciales puedan jugar en la

territorio de Serbia y el perjuicio que sufriría su salud mental en caso de traslado a otro centro médico. En el caso del TPIR, el caso de Laurent Bucybaruta fue remitido a Francia en aplicación del principio de la presencia del acusado en el territorio. TPIR, Fiscal c. Laurent Bucybaruta, caso núm. ICTR-2005-85-I, Auto sobre la remisión de la acusación contra Laurent Bucybaruta a Francia a petición de la Fiscalía de 20 de noviembre de 2007, párrs. 16-17. Lo mismo ocurrió en el caso de Wenceslas Munyeshyaka. TPIR, Fiscal c. Wenceslas Munyeshyaka, caso núm. ICTR-2005-87-I, Auto sobre la remisión de la acusación contra Wenceslas Munyeshyaka a Francia a petición de la Fiscalía de 20 de noviembre de 2007, párrs. 16-17

⁸⁶⁹ BEKOU, O., “Rule 11 bis: an examination of the process of referral...*op. cit.*”, pp. 731-732.

⁸⁷⁰ Véase por ejemplo, el caso de Ademi y Norac. Acusación contra Rahim Ademin y Mirko Norac, br. K-DO-349/05, 22 de noviembre de 2006.

⁸⁷¹ Información extraída de la página oficial del TPIY, disponible en <http://www.icty.org/sid/8934> consultada el 18/09/2013. Véase también el último informe sobre la estrategia de conclusión del TPIY para el Consejo de Seguridad del 23 de mayo de 2013 (S/2013/308). Disponible en <http://www.icty.org/tabs/14/2> consultado el 28/09/2013.

⁸⁷² Información extraída de la página oficial del TPIR, disponible en <http://www.unictr.org/Cases/tabid/77/Default.aspx?id=7&mnid=7> consultada el 28/09/2013. Véase también el último informe sobre la estrategia de conclusión del TPIR para el Consejo de Seguridad del 23 de mayo de 2013 (S/2013/310). Disponible en <http://www.unictr.org/AboutICTR/ICTRCompletionStrategy/tabid/118/Default.aspx>, consultado el 28/09/2013.

formación del DI, la jurisprudencia internacional no tiene una función creadora⁸⁷³.

7.2.3. La evolución de la postura del Tribunal Internacional de Justicia⁸⁷⁴

Comenzando por la justificación teórica del recurso a la jurisprudencia del Tribunal como fuente del derecho consuetudinario, es menester citar aquí a Jiménez de Aréchaga, que ha afirmado que “el tema de la costumbre...debe ser examinado con referencia a cómo en los últimos años la Corte Internacional de Justicia ha enfocado el derecho consuetudinario, máxime si tenemos en cuenta que, (...) el Tribunal, durante la última década, ha tenido que enfrentarse prácticamente en cada caso con lo que se ha llamado la medusa amorfa pero formidable del derecho internacional consuetudinario⁸⁷⁵”.

Tan importantes son las sentencias y opiniones consultivas publicadas por el TIJ como las opiniones particulares y disidentes de los magistrados que en cada caso, componen el tribunal. El valor de los pronunciamientos jurídicos de estos expertos mundiales ha sido ya de sobra constatado.

Quizás sea interesante comenzar este apartado recordando que algunos de los pronunciamientos más destacados en lo que respecta a esta cuestión, tienen su origen precisamente en el surgimiento de un conflicto entre la discrecionalidad de los Estados para aplicar su derecho procesal por un lado, y el respeto al contenido del DI convencional, por otro⁸⁷⁶. Nollkaemper extrae una provocadora conclusión del caso LaGrand⁸⁷⁷, que nos permite introducir el

⁸⁷³ Idea que ha sostenido la doctrina con sólidos argumentos que disipan las dudas iniciales en torno a la capacidad creadora de derecho de los tribunales internacionales. REMIRO BROTONS, A., y otros, *Derecho Internacional... op. cit.* pp. 518-519: “La alegación de los precedentes judiciales como eslabón en la formación de las normas consuetudinarias (costumbre judicial) debe también ser puntualizada, pues, además de que el artículo 59 del Estatuto de la CIJ prescribe la obligatoriedad de las sentencias exclusivamente para las partes y para el supuesto concreto objeto de las mismas, las controversias internacionales no se producen en serie, al punto de permitir sin más la aplicación del precedente. (...) su fundamento, su *ratio decidendi* está en los tratados, las normas consuetudinarias, los actos unilaterales de los que se deducen obligaciones jurídicas, los principios generales del Derecho, recurriéndose a los precedentes sólo para confirmar la solidez de su argumentación sobre aquellas bases”.

⁸⁷⁴ MENDELSON, M., “The Formation of Customary...*op cit.*, pp. 249-253.

⁸⁷⁵ Citado en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional Público...*, *op. cit.*, p. 199.

⁸⁷⁶ Véase a modo de ejemplo, la afirmación de la violación del artículo 36.2 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 en el famoso caso LaGrand. CIJ, Asunto LaGrand, (Alemania c. Estados Unidos de América), Sentencia de 27 de junio de 2001, ICJ Reports, 2001, p. 466, párr. 125: “(...) The Court observes in this regard that it can determine the existence of a violation of an international obligation. If necessary, it can also hold that a domestic law has been the cause of this violation. In the present case the Court has made its findings of violations of the obligations under Article 36 of the Vienna Convention when it dealt with the first and the second submission of Germany(...)”.

⁸⁷⁷ El caso LaGrand enfrentó a Alemania con Estados Unidos con motivo de la detención y condena a la pena capital de dos ciudadanos alemanes, los hermanos Karl y Walter LaGrand en Estados Unidos, por el presunto homicidio de un director de una oficina bancaria en el curso de

análisis realizado en esta sección y en parte, de la siguiente: “(...) the episode does illustrate the essential tension between procedural autonomy, as a product of state sovereignty and the limited scope of international law, and the principle of effective treaty performance. National courts have a crucial role in striking a balance between these considerations, and resolving this double bind⁸⁷⁸”.

A continuación se hará un recorrido por la jurisprudencia del TIJ analizando, por orden cronológico, algunas cuestiones de aquellos casos que de alguna manera han abordado los interrogantes que gravitan en torno al objeto de esta investigación: la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar en relación a los crímenes de lesa humanidad.

El caso Lotus (1927) y los casos relativos a la Plataforma Continental del Mar del Norte (1969)

Los casos que encabezan este subapartado coinciden en abordar algunos elementos fundamentales para esta investigación, sobre todo en el marco de los criterios de determinación de la existencia de una costumbre internacional.

El caso Lotus fue resuelto en 1927 por el órgano que precedió al TIJ, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPIJ). En síntesis, el conflicto enfrentó a Francia y a Turquía a raíz del choque de una nave francesa (S.S. Lotus) contra un barco turco (S.S. Boz-Kourt) en altamar, en el que perecieron 8 nacionales turcos. Turquía reaccionó abriendo un procedimiento contra el oficial francés que estaba al mando del barco galo, acto que llevó a Francia a denunciar el caso ante la CPIJ ante la consideración de que Turquía no tenía jurisdicción para ello.

La CPIJ estudió el asunto y dictó una sentencia que desarrolla jurídicamente una de las que ya constituyen una máxima en el ámbito del derecho internacional: la libertad de los Estados de extender su jurisdicción extraterritorialmente a menos que exista una norma que lo prohíba expresamente⁸⁷⁹.

un atraco. Tras ser detenidos y en incumplimiento de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, los acusados no fueron informados de la asistencia consular a la que tenían derecho. Tampoco fue avisado el Consulado alemán de la referida detención. A petición de Alemania, la Corte, recurriendo a un mecanismo excepcional justificado por la urgencia del asunto, dicta la medida provisional de suspensión cautelar de la ejecución de Walter LaGrand (Karl había sido ya ejecutado unas semanas antes) a las que dotó de carácter obligatorio y vinculante en una pronunciamiento sin precedentes. Para profundizar en este asunto, véase TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 27 de junio de 2001 en el caso LaGrand”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 109, 2004, pp. 207-260.

⁸⁷⁸ Evidentemente, se trata de un razonamiento aplicable también al derecho consuetudinario, tal y como se defenderá a lo largo de este trabajo. NOLLKAEMPER, A., *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, 2011, p. 90.

⁸⁷⁹ CPIJ, Asunto Lotus, Sentencia núm. 9 de 7 de septiembre de 1927, Publicaciones de la CPIJ, Series A. núm. 10, p. 19: “It does not, however, follow, that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of

Este pronunciamiento sienta las bases de la jurisdicción extraterritorial, sobre las que, a su vez, se cimienta el *aut dedere aut judicare*.

Sin embargo, no termina aquí la aportación de este caso a la configuración moderna del derecho internacional en el ámbito que nos ocupa. También se pronuncia sobre el contenido de la costumbre internacional y sus elementos configuradores. En concreto, ante la solicitud de Francia de que la abstención de otros Estados de enjuiciar las colisiones entre barcos en altamar fuera considerada como prueba de la existencia de una costumbre internacional que exigía la abstención de Estados distintos del Estado del Pabellón, la CPIJ, encontrándose con una inacción que consideraba ambigua, se apoyó en el elemento subjetivo de la costumbre (la *opinio iuris*) para rechazar esta pretensión⁸⁸⁰.

Si bien es cierto que el asunto Lotus aborda, por primera vez en el ámbito de la jurisprudencia internacional, la cuestión del contenido de la costumbre, la contribución realizada por los pronunciamientos jurisprudenciales en los casos relativos a la Plataforma Continental del Mar del Norte de 1969 es infinitamente más completa.

Los asuntos enfrentan a Alemania por un lado, contra Dinamarca y los Países Bajos, por otro con motivo de la técnica utilizada para la delimitación de la plataforma continental entre Alemania y Dinamarca y Alemania y los Países Bajos. El Tribunal resolvió que no procedía la aplicación del principio de equidistancia, contenido en el artículo 6 de la Convención de Ginebra de 1958, ya que no había alcanzado aún el status de costumbre internacional como alegaban los Países Bajos y Dinamarca y Alemania no era parte en esta Convención. Por consiguiente, el Tribunal dictaminó que las líneas de delimitación debía trazarse por acuerdo entre las partes y con arreglo a principios de equidad, e indicó una serie de factores que habían de tenerse en cuenta con ese fin.

En relación a la práctica o elemento objetivo de la costumbre, el Tribunal sostuvo que para que la costumbre fuera vinculante para todos los Estados, la práctica no solo tendría que ser uniforme sino general:

“Although the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law on the basis of what was originally a purely conventional rule, an indispensable requirement would be that, within the period in question, short though it may

international law. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition it allowed States to do so in certain specific cases. But it is certainly not the case under international law as it stands at present. Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by a prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable”.

⁸⁸⁰ *Id.*, p. 28: “(...) for only if such abstention were based on their being conscious of having a duty to abstain would it be posible to speak of an international custom”.

be, State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked; (...) ⁸⁸¹”.

En cuanto al elemento subjetivo de la costumbre, recogiendo el testigo de la desaparecida CPIJ, el TIJ ofrece una definición de la *opinio iuris*, otorgándole a la vez, carácter de elemento necesario y configurador de la costumbre internacional ⁸⁸².

Resáltese por último, otra de las aportaciones de esta sentencia, esencial de cara a la identificación de criterios para establecer la existencia de una costumbre internacional. El Tribunal, en este asunto, reconoció que la práctica de los Estados derivada del cumplimiento de los tratados internacionales era perfectamente válida como fuente de creación de la costumbre internacional ⁸⁸³.

De todo lo anterior, es posible deducir que estamos ante dos asuntos que apoyan jurisprudencialmente el establecimiento de los cimientos teóricos sobre los que posteriormente se construirá, por un lado, la institución de la costumbre internacional ⁸⁸⁴ y la jurisdicción extraterritorial, por otro. Dos elementos claves en el presente trabajo de investigación.

Barcelona Traction (1970)

La importancia del asunto Barcelona Traction radica en que, en palabras de Pastor Ridruejo, representa “una excelente orientación para precisar cuáles pueden ser las normas del *ius cogens* internacional ⁸⁸⁵”.

⁸⁸¹ TIJ, Asuntos de la Plataforma Continental del Mar del Norte,) Alemania c. Dinamarca; Alemania c. Países Bajos), Sentencia de 20 de febrero de 1969, p. 43, párr. 74.

⁸⁸² *Id.*, párr. 77: “(...) Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for a such a belief, i.e. the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio iuris sive necessitatis*. The States concerned must feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation”. La Corte articula aquí la que posteriormente será adoptada como la definición “oficial” del elemento subjetivo de la costumbre internacional.

⁸⁸³ *Id.*, párr. 41: “ In so far as this contention is based on the view that Article 6 of the Convention has had the influence, and has produced the effect, described, it clearly involves treating that Article as a norm-creating provision which has constituted the foundation of, or has generated a rule which, while only conventional or contractual in its origin, has since passed into the general corpus of international law, and is now accepted as such by the *opinio iuris*, so as to have become binding even for countries which have never, and do not, become parties to the Convention. There is no doubt that this process is a perfectly possible one and does from time to time occur: it constitutes indeed one of the recognized methods by which new rules of customary international law may be formed”.

⁸⁸⁴ Otros asuntos interesantes en el marco de la construcción de la costumbre internacional que, por limitaciones de tiempo y espacio no han podido ser analizadas en este apartado son el Caso Haya de la Torre o Caso del Asilo (Colombia c. Perú) de 1950 y el caso de las Pesquerías (Reino Unido c. Noruega) de 1951.

⁸⁸⁵ PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones...op. cit.*, p. 44. Recuérdese que en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969

El litigio enfrenta a España con Bélgica, a raíz de una denuncia presentada por este último país contra España por los perjuicios sufridos por nacionales belgas accionistas en de una sociedad canadiense (Barcelona Light and Power Company) con sede en España, como consecuencia de algunas decisiones tomadas por este gobierno, que según Bélgica, había conducido a la quiebra de esta sociedad, perjudicando así a sus referidos ciudadanos.

El análisis exhaustivo de los distintos argumentos presentados por las partes en un conflicto que se alargó más de 10 años y que aborda materias tan distintas como la configuración de la nacionalidad de las sociedades o el alcance y contenido de la protección diplomática, excede el ámbito de esta investigación y ha sido tratado de manera exhaustiva por la doctrina⁸⁸⁶.

A los efectos de este trabajo, conviene centrarse, por el importante papel que juegan en la definición de la naturaleza jurídica de la cláusula objeto de estudio, en los párrafos 33-35 del dictamen, en los que el TIJ enumera los elementos constitutivos de las obligaciones *erga omnes*. Así, en este *obiter dictum*, el tribunal establece que los rasgos definitorios de las obligaciones *erga omnes* son que las mismas se contraen frente a toda la comunidad internacional y que incorporan valores esenciales para la comunidad internacional en tanto que protegen bienes jurídicos importantes, lo cual justifica que todos los Estados tengan un interés jurídico en su protección⁸⁸⁷.

A esta definición añade una serie de ejemplos, entre los que incluye la prohibición de violaciones graves del derecho internacional:

“Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, pp. 23*); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character⁸⁸⁸”.

se consigue establecer la jurisdicción obligatoria del TIJ para las controversias relacionadas con el *ius cogens*, lo que representa un avance sin precedente en la regulación procesal internacional ya que como afirma este mismo autor “lo normal en el Derecho Internacional es justamente lo contrario: que la codificación de las normas sustantivas llegue mucho más lejos que las instituciones procesales”.

⁸⁸⁶ VICENTE BLANCO, D.J., “La protección de las inversiones extranjeras y la codificación internacional del arbitraje”, *Anales de estudios económicos y empresariales*, núm. 7, 1992, pp. 353-390; MIAJA DE LA MUELA, A., “El derecho internacional ante las sociedades multinacionales”, *Anuario de derecho internacional*, núm. 2, 1975, pp. 169-177.

⁸⁸⁷ CIJ, Asunto Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Sentencia de 5 de febrero de 1970, párr. 33.

⁸⁸⁸ *Id.*, Párr. 34. Cebada Romero interpreta, en un minucioso análisis, la lógica de esta diferenciación entre instrumentos universales y cuasi-universales. Según la autora, “el TIJ parece estar refiriéndose a la posible interacción entre costumbre y tratado internacional”. Véase CEBADA ROMERO, A., “Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz...op. cit., pp. 3. Sobre

Se ha adelantado que el ámbito sustantivo de esta investigación (la prohibición del crimen de lesa humanidad) forma ya parte del *ius cogens* internacional, por lo que, el interés del presente pronunciamiento jurídico radica en su potencial para determinar si el incumplimiento de la obligación alternativa de extraditar o juzgar en relación a este grave crimen, puede llegar a ser considerado “una violación grave de una obligación que emane de una norma imperativa de Derecho internacional general”, con las consiguientes consecuencias para el Estado, entre las cuales se encuentra el surgimiento de su responsabilidad⁸⁸⁹.

El no-rol del Tribunal Internacional de Justicia en el asunto Lockerbie (1992)

El caso Lockerbie era considerado hasta el año pasado el caso “estrella” en el tema que nos ocupa.

El asunto enfrenta a Libia, que pretendía aplicar el principio *aut dedere aut judicare* en tanto que recogido en el artículo 7 del Acuerdo de Montreal, reconociéndolo como principio aplicable que le autorizaba a enjuiciar a sus propios nacionales, especialmente en ausencia de Tratado de extradición con EEUU y Reino Unido. Estos dos países, aún siendo partes en el referido Acuerdo, exigían la extradición de los dos ciudadanos libios acusados de cometer un atentado terrorista en un vuelo desde Reino Unido a EEUU⁸⁹⁰. Libia solicita su colaboración para la investigación de los ilícitos cometidos, a lo cual se niegan los citados Estados que, junto a Francia, presentan el caso ante el Consejo de Seguridad y la Asamblea General de la ONU. En enero y marzo de 1992, el Consejo de Seguridad se pronuncia a través de la resolución 731, que insta a Libia a responder total y efectivamente a las demandas de los mencionados países, y de la resolución 748, que impone sanciones económicas a Libia por el incumplimiento de la misma. Tras la primera resolución, este último Estado se dirige al TIJ solicitando la adopción de medidas provisionales para evitar que Reino Unido y EEUU emprendieran acciones que le forzaran a extraditar a los dos imputados. El 14 de abril de 1992, en una sentencia que justifica el título escogido en este subapartado, el TIJ rechaza esta solicitud⁸⁹¹. En este caso, como en el supuesto analizado en el apartado anterior en relación a la Regla 11 bis, es interesante estudiar el rol del Consejo de Seguridad en la aplicación del *aut dedere aut judicare*.

⁸⁸⁹ Sobre el surgimiento de la responsabilidad del Estado como consecuencia de la violación de obligaciones internacionales, véase CASADO RAIGÓN, R., VÁZQUEZ GÓMEZ, E.M., “La impronta del *ius cogens* en el proyecto de artículos de la Comisión de derecho internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” en *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, coord. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. y SALINAS DE FRÍAS, A., vol. 1, 2005, pp. 343-360.

⁸⁹⁰ PLACHTA, M., “The Lockerbie Case: The Role of the Security Council in Enforcing the Principle *Aut Dedere Aut Judicare*”, *EJIL*, 2001, vol. 12, núm.1, pp.125-140.

⁸⁹¹ CIJ, Cuestiones de interpretación y aplicación del Acuerdo de Montreal surgidas como consecuencia del incidente aéreo en Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Los Estados Unidos), Medidas cautelares, Auto de 14 de abril de 1992, ICJ Reports 1992, p. 114.

A nivel doctrinal, la interpretación más aceptada de la participación del Consejo de Seguridad entiende que este órgano ofreció una solución extraordinaria que completaba la salvaguarda del sistema de extradición existente, con el recurso al Consejo para intervención en situaciones excepcionales, especialmente en situaciones en las que los modelos de Tratados tradicionales resultan inaplicables⁸⁹². Esto presuponía la preeminencia de la resolución del Consejo de Seguridad sobre cualquier otro acuerdo internacional, incluido el Acuerdo de Montreal. Tras años de disputas, el Gobierno libio finalmente accedió a entregar a sus dos nacionales, para que fueran juzgados por un Tribunal escocés, situado en los Países Bajos, que aplicaría la ley escocesa. El desenlace de este asunto llevó a la doctrina a plantear la posible existencia de una tercera alternativa al *aut dedere aut judicare: aut transfere*⁸⁹³. Esta tercera opción se refiere a la entrega del imputado a un tercer Estado para que sea éste el que lo juzgue. Asumiendo que la entrega a un tercer Estado pueda ser considerada un elemento sustancialmente nuevo, podría afirmarse que el Consejo de Seguridad, en este asunto, habría desempeñado el papel de ejecutor del principio *aut dedere aut judicare*. La intervención del Consejo en materia de extradición puede justificarse en tanto que la situación era constitutiva de una amenaza contra la paz y seguridad internacional, por lo que su acción estaría legitimada, como en el caso de la Regla 11 bis, en base al Capítulo VII de la Carta de las NU.

Sin embargo, otro sector doctrinal ve la segunda resolución del Consejo en este asunto, que ordena sanciones económicas contra Libia antes de que el TIJ se hubiera pronunciado sobre la solicitud de Libia para que se adoptaran medidas provisionales que impidieran que los otros Estados adoptaran acciones coercitivas que forzaran la extradición de los nacionales libios, como un impedimento para que el TIJ dictara una sentencia independiente⁸⁹⁴. Este proceder obvia por completo la previsión contenida en el artículo 14 del Acuerdo de Montreal que afirma que en caso de controversia en la interpretación o aplicación del Acuerdo “cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte”. Autores como Graefrath, critican el hecho de que, a través de la resolución 731, el Consejo haya actuado como un mecanismo de resolución de controversias destacando, con ironía, que en la votación de esta resolución participaran algunos de los Estados parte en la controversia (EEUU, Reino Unido y Francia) a pesar de que la cuestión debía encuadrarse claramente en el Capítulo VI (arreglo pacífico de controversias) para el cual la Carta prescribe que un Estado parte en la disputa debe abstenerse de votar⁸⁹⁵ y previene sobre el peligro de la generalización de esta actuación: “If the procedure employed by the Security Council against Lybia were to become a common practice, the Security Council would become a major dispute settlement mechanism which could set aside arbitration and even court

⁸⁹² *Id.*, p. 129.

⁸⁹³ *Id.*, p. 136.

⁸⁹⁴ GRAEFFRATH, B., “Leave to the Court what belongs to the Court: The Lybian Case”, *European Journal of International Law*, vol. 4, núm. 1, 1993, p.185.

⁸⁹⁵ *Id.* p. 187.

procedures agreed upon by the parties to the dispute⁸⁹⁶". Este autor tampoco considera que la paz se pueda ver amenazada, justificando la intervención del Consejo en base al Capítulo VII, por hechos tales como un solo acto de terrorismo, el que un Estado no condene el terrorismo mediante actos concretos, el que un Estado no entregue a los imputados o el que no responda a los requerimientos de compensación. Así, afirma que si una decisión del Consejo en la práctica resuelve una controversia entre Estados, nada puede impedir que el Tribunal decida sobre la legalidad de esa decisión del Consejo⁸⁹⁷.

El caso sentó un precedente en relación a la configuración del principio analizado. En efecto, pone de manifiesto las carencias de la indefinición de la obligación de extraditar o juzgar recogida en el Acuerdo de Montreal, que se derivan de la ambigüedad del presupuesto que subyace a su carácter alternativo: que el enjuiciamiento sea efectivo y justo tanto en el Estado que custodia como en el Estado que solicita la extradición⁸⁹⁸.

La falta de articulación de este presupuesto, que a su vez exigiría un acuerdo en torno a los criterios legales para determinar la justicia y efectividad de los sistemas judiciales en cuestión ⁸⁹⁹, es una característica propia de los instrumentos convencionales que recogen la referida obligación. Se trata de un rasgo que impide que se atribuya a este principio una naturaleza estricta y puramente alternativa, que impediría el surgimiento de controversias en la interpretación de la referida obligación. Fue precisamente esta indefinición lo que permitió el planteamiento del asunto Lockerbie. Las dos partes en el conflicto estaban armadas con la misma pistola, la de la indefinición de los criterios objetivos para determinar cuando un sistema judicial es justo y efectivo y por ende, la falta de claridad acerca de cuándo debe un Estado disfrutar de la opción, en sentido estricto, que le otorga la naturaleza alternativa de la obligación recogida en el instrumento convencional aplicable a la situación concreta⁹⁰⁰.

Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares (1996)

El 8 de julio de 1996, a petición de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el TIJ publicó una Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza

⁸⁹⁶ *Id.* p.191.

⁸⁹⁷ *Id.* pp.196 y ss.

⁸⁹⁸ BASSIOUNI, M.C, *International Extradition...op cit.*, p. 13.

⁸⁹⁹ Problemática analizada en el Capítulo I de esta tesis, y para cuya solución se ofrecerán algunas propuestas y recomendaciones en las conclusiones.

⁹⁰⁰ Véase, para un análisis más exhaustivo del presente caso, SOSA NAVARRO, M., *La obligación de extraditar o juzgar en España, naturaleza jurídica del aut judicare respecto a los crímenes de guerra, genocidio y crimen de lesa humanidad*, Editorial Académica Española, 2011, pp. 10 y ss.

o uso de armas nucleares. Se trata de un texto polémico, siendo prueba de ello el que todos los miembros del tribunal añadieran al documento su opinión particular o disidente. A efectos del presente trabajo de investigación, interesa traer a colación el razonamiento jurídico esgrimido por el Tribunal para justificar la falta de cristalización de la *opinio iuris* en este asunto. Se trata de una argumentación detallada que, siguiendo la línea ya esbozada en los casos Lotus y de la Plataforma Continental del Mar del Norte, se basa en criterios muy estrictos a la hora de reconocer la presencia de una *opinio iuris* consolidada:

“(...) the Court points out that the adoption each year by the General Assembly, by a large majority, of resolutions recalling the content of resolution 1653(XVI), and requesting the member States to conclude a convention prohibiting the use of nuclear weapons in any circumstance, reveals the desire of a very large section of the international community to take, by a specific and express prohibition of the use of nuclear weapons, a significant step forward along the road to complete nuclear disarmament. The emergence, as *lex lata*, of a customary rule specifically prohibiting the use of nuclear weapons as such is hampered by the continuing tensions between the nascent *opinio iuris* on the one hand, and the still strong adherence to the practice of deterrence on the other⁹⁰¹”. Siguiendo la línea marcada por el apartado 8.1.2.1 de este capítulo, la Corte reconoce aquí la importancia del rol de las resoluciones de la Asamblea General en la construcción del derecho internacional consuetudinario de cara a dotar de contenido el referido análisis:

“The Court further notes that the first of the resolutions of the General Assembly expressly proclaiming the illegality of the use of nuclear weapons, resolution 1653 (VXI) of 24 November 1961 (...) after referring to certain international declarations and binding agreements, (...) proceeded to qualify the legal nature of nuclear weapons, determine their effects, and apply general rules of customary international law to nuclear weapons in particular. That application by the General Assembly of general rules of customary law to the particular case of nuclear weapons indicates that, in its view, there was no specific rule of customary law which prohibited the use of nuclear weapons; if such a rule had existed, the General Assembly could simply have referred to it and would not have needed to undertake such an exercise of legal qualification⁹⁰²”.

Caso de la Orden de Detención (2002)

El caso de la Orden de Detención, también conocido como el asunto Yerodia, enfrenta a Bélgica con la República Democrática del Congo, que denuncia ante el TIJ que Bélgica ha violado el principio de soberanía nacional y de inmunidad

⁹⁰¹ CIJ, Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, ICJ Reports 1996, p. 226, párr. 73.

⁹⁰² *Id.*, párr. 72. Para un estudio detallado del caso, véase CERVIL HORTAL, M.J., “Las armas nucleares y el derecho internacional (a propósito de la opinión consultiva del TIJ de 8 de julio de 1996)”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 15, 1997, pp. 205-219.

diplomática. Lo ha hecho, según el denunciante, mediante el dictado de una orden de detención contra el entonces Ministro de Asuntos Exteriores, Abdoulaye Yerodia, por crímenes del lesa humanidad y violaciones graves de los Convenios de Ginebra, en aplicación del principio de jurisdicción universal. El Tribunal se pronuncia dando la razón a la RDC y estimando que Bélgica, efectivamente, había violado el principio de inmunidad jurisdiccional del que gozaba el Ministro⁹⁰³.

Caso retirado: Francia c. Congo.

En la misma línea que el caso anterior puede traerse aquí a colación el misterioso caso que enfrenta a la República del Congo contra Francia por la presunta violación del principio de igualdad soberana y de inmunidad de los miembros del Gobierno al haber dictado una orden de detención contra el actual Presidente, Denis Sassou Nguesso. El caso realmente puede retrotraerse al año 2002, cuando la República del Congo denunciaba la situación ante el TIJ y solicitaba la aplicación de medidas cautelares, que fueron denegadas⁹⁰⁴. Este caso, sin embargo, ha sido retirado por parte de la República del Congo. Las razones, por el momento son una incógnita⁹⁰⁵.

⁹⁰³ Este asunto ha sido abordado en el capítulo IV, por lo que nos remitimos aquí a él para evitar repetición. Las opiniones particulares de los jueces Higgins, Kooijmans and Buergenthal abordaron superficialmente la obligación de extraditar o juzgar.

⁹⁰⁴ TIJ, Ciertos Procesos Penales en Francia (República del Congo c. Francia) Medidas Cautelares, Auto de 17 de junio de 2003, ICJ Reports 2003, pp. 102.

⁹⁰⁵ Véase una de las últimas noticias publicadas en prensa sobre el caso, DIENG, C., “Congo: Denis Sassou Nguesso rappelle à la France le principe de non-ingérence”, Afrik.com, 11 de abril de 2013, disponible en <http://www.afrik.com/congo-denis-sassou-nguessou-rappelle-a-la-france-le-principe-de-non-ingERENCE>, consultado el 2/11/2013.

Con todo, si bien es cierto que a lo largo de los años, el TIJ ha dado importantes indicaciones que han guiado la consolidación de la costumbre internacional, con la excepción del simbólico pero carente de contenido relevante asunto Lockerbie, este tribunal no se ha pronunciado acerca del carácter o naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar hasta el 2012.

El 20 de julio de 2012, el TIJ publicaba, bajo una gran expectación, la que se esperaba fuese una sentencia revolucionaria en el ámbito de la lucha contra la impunidad de los responsables de los más graves crímenes internacionales. El análisis del pronunciamiento evidencia, sin embargo, que el Tribunal eludió pronunciarse sobre tan controvertida cuestión. Ciñéndose a la vigencia de la cláusula alternativa en tanto que obligación convencional contenida en la Convención contra la Tortura, en la que ambos Estados eran parte, desaprovechó la oportunidad que se le había brindado para pronunciarse sobre la naturaleza jurídica del *aut dedere aut judicare* en términos amplios, contribuyendo así a colmar el vacío jurídico que perpetúa la existencia de refugios seguros para los autores de las más graves violaciones de derechos humanos.

A continuación, se desglosarán los puntos claves del dictamen con mayor trascendencia para esta investigación.

Los hechos que subyacen al asunto Bélgica c. Senegal se sitúan en el Chad de Hissène Habré⁹⁰⁷. Tras llegar al poder mediante un sangriento golpe de Estado en 1982, el ex mandatario se caracterizó por eliminar sistemáticamente cualquier conato de oposición. Para ello, recurrió a las detenciones a gran escala y a los asesinatos en masa, siendo uno de sus objetivos principales el exterminio de grupos étnicos cuyos líderes percibía como posibles amenazas a su poder⁹⁰⁸.

⁹⁰⁶ Sobre esta sentencia, véanse los recientes trabajos de Nollkaemper y Sangeeta. NOLLKAEMPER, A., “Wither aut dedere? The obligation to extradite or prosecute after the ICJ’s Judgement in Belgium v Senegal”, *SHARES Research Paper*, núm. 27, 2013; SANGEETA, S., “Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal)”, *Human Rights Law Review*, vol. 13, núm. 2, 2013, pp. 351-366. Para un análisis de la sentencia centrado en el razonamiento jurídico esgrimido por la Corte para justificar la violación de la Convención contra la Tortura en tanto que Senegal no había enjuiciado a Habré dentro de lo que se estipuló como un plazo razonable, véase BUATTLE, T., “The time of human justice and the time of human beings: Belgium v. Senegal and Temporal Restraints on the Duty to Prosecute”, *George Washington International Law Review*, vol. 45, 2013, p. 349.

⁹⁰⁷ Para un análisis más exhaustivo de los hitos que han marcado el caso Habré y un examen del rol de la Unión Africana, el Comité contra la Tortura y los tribunales regionales africanos (CEDEAO y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos), véase SOSA NAVARRO, M., “La evolución de la obligación de extraditar o juzgar a través del caso Hissène Habré”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 26, diciembre 2013. (Aceptado, pendiente de publicación).

⁹⁰⁸ Las violaciones de derechos humanos perpetradas durante este período no han podido ser documentadas en su totalidad. En efecto, la organizaciones que han emprendido esta tarea investigadora al margen de un proceso judicial, se han encontrado con importantes limitaciones. Por un lado, la Comisión de Investigación creada por Idriss Déby tras llegar al poder para investigar los crímenes cometidos por su predecesor, presenta el informe resultante

Este régimen estuvo vigente en Chad hasta que Habré es derrocado en 1990, por Idriss Deby, actual Presidente de Chad. Al derrocamiento le sigue el exilio del ex dictador en Senegal, Estado que le concede el asilo político y en el que permanece aún a día de hoy.

El primer intento de enjuiciar a Hissène Habré por los crímenes perpetrados durante su mandato tiene lugar en el año 2000, cuando el juez de instrucción senegalés, M. Demba Kandji, formaliza la acusación contra Hissène Habré por “crímenes contra la Humanidad, actos de tortura y barbarie⁹⁰⁹” a raíz de una denuncia presentada por un grupo de víctimas⁹¹⁰. Habré comparece y se declara inocente pero su arresto domiciliario como medida cautelar abre un debate jurídico acerca de la competencia jurisdiccional de Senegal para enjuiciar delitos

de una labor de investigación que duró dos años en los siguientes términos: “It is honest to point out to the reader that this investigation actually covers only an infinitesimal part of the actions committed by the dictator Habré. Neither the time given to the Commission nor the means at its disposal nor its access to victims was sufficient to carry out such an exhaustive labor. This work covers only 10 percent of the crimes of the tyrant Habré”. Report of the Commission of Inquiry into the Crimes and Misappropriations Committed by Ex-President Habre, his Accomplices and Accessories, 7 de mayo de 1992, English translation by United States Institute of Peace, “Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes, Vol III: Laws, Rulings and Reports” (Neil J. Kritz, ed., Washington D.C.: U.S. Institute of Peace, 1994), p. 57. Ese informe puede consultarse online aquí en la página del Instituto para la Paz de los Estados Unidos. En mayo de 2001, la ONG Human Rights Watch halló, en el cuartel abandonado de la Dirección de la Documentación y Seguridad del antiguo cuerpo de policía político chadiano, miles de documentos que evidenciaban las violaciones de derechos humanos cometidas en por este cuerpo. Tras el descubrimiento, el entonces gobierno de Chad autorizó el acceso a los mismos a la Asociación Chadiana de Víctimas de Represión Política y Crímenes, asistidas por Human Rights Watch y por la Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos (FIDH). Los datos recogidos fueron analizados por la organización de derechos humanos “Human Rights Data Analysis Group” y dieron lugar a la publicación de un informe en 2010. SILVA, R., KLINGNER, J. y WEIKART, S., “State Coordinated Violence in Chad under Hissène Habré”. A Report by Benetech's Human Rights Data Analysis Group to Human Rights Watch and the Chadian Association of Victims of Political Repression and Crimes de 3 de febrero 2010, p. 4. Disponible en <http://www.hrdag.org/about/chad.shtml>. Consultado el 2/11/2013. Amnistía Internacional también reconoce la naturaleza no exhaustiva de los datos que ofrece en los numerosos informes en los que documenta las violaciones de derechos humanos perpetradas durante el gobierno de Habré. Véase, como ejemplo, el más informe más reciente, de 2001, en el que afirma que: “This report, like the documents published by Amnesty International during the 1980s, gives only a brief overview of the violations committed during this period. Moreover, Hissein Habre's deliberate strategy of shrouding in secrecy the practices of his agents and, consequently, about the fate of their prisoners, hindered information gathering and verification and case monitoring”. Amnistía Internacional, “Chad: The Habré Legacy, índice: AFR 20/004/2001 de 15 de octubre de 2001, pp. 10. Disponible en <http://www.amnesty.org/es/library/info/AFR20/004/2001/en>.

⁹⁰⁹ Concretamente, se le imputa “el conocimiento, ayuda o asistencia en la comisión de hechos constitutivos de crímenes contra la Humanidad, actos de tortura y barbarie”, refiriéndose, para ello, a los artículos 45, 46, 294 bis y 288 del Código Penal senegalés. Los dos primeros regulan la complicidad en la comisión de delitos. El artículo 288 regula las circunstancias en las que, en caso de torturas, cabe la aplicación de atenuantes. Disponible en <http://www.hrw.org/legacy/french/themes/habre-inculpation.html>. Human Rights Watch ofrece, como parte de su trabajo en el caso Hissène Habré una completa base de datos con acceso directo a los documentos clave en este caso.

⁹¹⁰ Plainte avec Constitution de Partie Civile, presentado ante el Juez de instrucción del Tribunal Regional de Dakar, 25 de enero de 2000. Disponible en francés en <http://www.hrw.org/legacy/french/themes/habre-plainte.html>, consultado el 13/10/2013.

cometidos por un extranjero fuera del territorio senegalés, que se zanja, en Primera Instancia con una sentencia que anula el proceso por falta de jurisdicción de los tribunales senegaleses para conocer de los delitos que se le imputaban al ex mandatario⁹¹¹.

Tras el cierre de esta puerta, algunas de las víctimas que ostentaban la nacionalidad belga por haber recibido asilo político en este país, recurren a los tribunales de Bélgica con la esperanza de que el ejercicio del principio de jurisdicción universal por el que este país se había dado a conocer, amparara también este caso. En el 2005, un juez belga dicta una orden de detención contra Habré acusándole de la comisión de crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, torturas y violaciones graves del derecho internacional humanitario⁹¹². Sin embargo, los tribunales senegaleses siguen resistiéndose a abrir este proceso o a permitir que otro Estado lo abra. La Corte de Apelación dictamina que Bélgica no tiene competencia para dictar esta orden de extradición en tanto que Hissène Habré, como ex Presidente de Chad, goza de inmunidad diplomática⁹¹³. Senegal entonces se dirige a la Unión Africana para solicitar asesoramiento sobre cómo proceder. La Unión Africana responde

⁹¹¹ Décision de la Chambre d'accusation de Dakar, Cour d'appel de Dakar, Chambre d'accusation, Arrêt n°135 du 04-07-2000. Disponible en francés en <http://www.hrw.org/legacy/french/themes/habre-decision.html>, consultado el 11/10/2013. Entre los argumentos más llamativos, cabe traer a colación el rechazo de la necesidad de remisión a la Convención sobre la Tortura, lo cual implica también que la obligación de extraditar o juzgar allí contenida y sobre la que se fundamentaría la competencia de los tribunales senegaleses, no es aplicable. Esta decisión se ratifica en segunda instancia por la Corte de Apelación, mediante una sentencia de 20 de marzo de 2001. Décision de la Cour de Cassation de 20 de marzo de 2001. Disponible en francés en <http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/39a82e2ca42b52974125673e00508144/90e26efa1bb31189c1256b21005549bo!OpenDocument>, consultado el 13/10/2013.

⁹¹² Orden de arresto internacional de 19 de septiembre de 2005 (No. 2001/002 DD emitida por el *Tribunal de première instance* de Bruselas). Consúltase el texto en el anexo 3 de la solicitud de apertura del procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia, TIJ, Cuestiones relativas a la obligación de extraditar o juzgar (Bélgica c. Senegal), Denuncia formal que abre el procedimiento de 19 de febrero de 2009. Esta orden es transmitida por INTERPOL a Senegal (red notice). De acuerdo con los usos y práctica de este organismo, la "notice" actúa como solicitud de detención provisional con vistas a la extradición (tanto Senegal como Bélgica son miembros de INTERPOL desde el 4 de septiembre de 1961 y el 7 de septiembre 1923, respectivamente). En esta orden, se afirma que Chad ha retirado cualquier derecho relacionado con la inmunidad diplomática a Hissène Habré, y los cargos que se le imputan, y que fundamentan la orden de detención, son los siguientes: "2.3. Charge: serious violations of international humanitarian law, crimes of torture, crimes of genocide and crimes against humanity, war crimes, murder, attempted murder, intentional assault and battery, violations of personal freedom and the sanctity of the home, arbitrary violations of the rights guaranteed by the Constitution, arbitrary arrests, abductions, forced disappearances and false imprisonment". Disponible en <http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/FactSheets/FS13fr.asp>, consultado el 12/10/2013.

⁹¹³ Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Dakar, Avis du 25 Novembre 2005 relatif à la demande d'extradition de Hissène Habré par la Belgique. A esta primera fracasada solicitud de extradición le siguieron otras dos solicitudes, igualmente ignoradas. En estos dos casos (la segunda de 15 de marzo de 2011 y tercera, de 5 de septiembre de 2012) se esgrimen defectos de forma en la solicitud de extradición para justificar la denegación. Véase, en relación a esta última, la Declaración de 10 de enero 2012. Consultado el 12/10/2013.

instando a Senegal a enjuiciar al dictador “en nombre de África mediante un tribunal senegalés competente que garantice un juicio justo⁹¹⁴”.

El 19 de febrero de 2009, ante el fracasado intento de ejercer su jurisdicción sobre Hissène Habré mediante el instituto de la extradición, Bélgica decide presentar una solicitud de apertura de procedimiento ante el TIJ titulada “Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)⁹¹⁵”, al entender que Senegal estaba incumpliendo sus obligaciones como Estado Parte en la Convención contra la Tortura⁹¹⁶.

La sentencia que resuelve el conflicto se dicta el 20 de julio de 2012, y tanto en los razonamientos jurídicos que la fundamentan como en algunas de las opiniones particulares, se abordan cuestiones de gran trascendencia en el marco de este trabajo.

En primer lugar, en su defensa, tras alegar la falta de jurisdicción del TIJ por la ausencia de conflicto entre las partes en tanto que no existe un plazo determinado para el cumplimiento de la obligación de extraditar o juzgar, Senegal cuestiona la admisibilidad de la demanda sobre la base de que ninguna de las víctimas de los crímenes en cuestión ostentaba la nacionalidad belga en el momento de la comisión de los crímenes⁹¹⁷. El Tribunal se apoya en su propia

⁹¹⁴ Unión Africana, Conferencia de la Unión Africana, séptima sesión ordinaria, 1-2 de julio de 2006, *Décision sur le Procès d'Hissène Habré et l'Union africaine*, Assembly/AU/Dec.127 (VII), Doc. Assembly/AU/3 (VII).

⁹¹⁵ TIJ, Cuestiones relativas a la obligación de extraditar o juzgar (Bélgica. Senegal), Denuncia formal que abre el procedimiento de 19 de febrero de 2009. El orden en que se presentan las alternativas no es casual ya que, como se verá seguidamente a través del análisis de la sentencia, en el presente caso la obligación de juzgar se formula como en términos imperativos mientras que la obligación de extraditar se mantiene como alternativa. Por consiguiente, la utilización de esta fórmula por parte de Bélgica al presentar el caso ante el TIJ reflejan un respeto al rigor terminológico en el ámbito de la construcción del derecho internacional que ha sido elogiado por autores como Johanna Harrington, HARRINGTON, J., “ICJ denies Belgium’s request for provisional measures in the “Prosecute or Extradite” case”, *EJIL:Talk!*, 29 de mayo 2009: “I realize, however, that flipping the phrase is a more accurate reflection of Belgium’s wider goal in bringing this case, namely the goal of establishing (or from Belgium’s perspective, confirming) the existence of a international law obligation to prosecute those who commit serious violations of human rights and commit serious breaches of international humanitarian law. This goal clearly fits within the larger project of ensuring no impunity for those who commit the most serious crimes and is undoubtedly a worthy aspiration. But, as I have argued briefly elsewhere (here) in relation to the International Law Commission’s current study of “extradite or prosecute”, one cannot simply “flip the phrase” to equate “prosecute or extradite” with “extradite or prosecute”, and nor can one justify the revision of the classic shorthand of “aut dedere aut judicare” solely on the grounds that it would be “better construed as judicare vel deder”, as Professor Eric David suggested in his oral observations before the ICJ”.

⁹¹⁶ En su demanda, Bélgica también hacía alusión a la obligación de extraditar o juzgar los crímenes de lesa humanidad de los que se acusaba a Habré que vincula a Senegal en virtud del derecho consuetudinario. (TIJ, Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), Denuncia formal que abre el procedimiento de 19 de febrero de 2009, párr. 7: “(...) Belgium’s claims are based on the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 of December 1984, and on the customary obligation to punish crimes against humanity”). Desafortunadamente, la Corte en su sentencia, guarda silencio absoluto sobre esta cuestión.

⁹¹⁷ *Id.*, párr. 64.

jurisprudencia en el caso Barcelona Traction para rechazar este argumento y recordar el carácter de “erga omnes partes” de las obligaciones derivadas de instrumentos convencionales⁹¹⁸. En cuanto a la primera de las alegaciones, el Tribunal, reconociendo la falta de indicación temporal concreta, dictamina que la obligación tendría que haber sido cumplida lo antes posible, y en particular, tras la formulación de la primera denuncia ante los tribunales senegaleses en el año 2000⁹¹⁹.

Pero sin duda, la contribución más importante del TIJ al derecho penal internacional se enmarca en el desarrollo del contenido y la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar. Así, la respetada y anciana institución⁹²⁰ sitúa el momento de la activación de la cláusula en el momento en el que se constata la presencia del acusado en el territorio⁹²¹.

Por otro lado, el Tribunal reitera, de manera indirecta, la tendencia hacia la limitación de la operatividad de la inmunidad de jurisdicción esbozada en el caso de la Orden de Arresto de 11 de abril de 2000⁹²². Lo hace mediante la constatación de la violación de la Convención por parte de Senegal, al no extraditar o juzgar a Hissène Habré, ex Presidente de Chad. Se trata este de un principio que parece estar cristalizando en el derecho penal internacional, a la luz de su incorporación a las Cámaras Extraordinarias Africanas, cuyo Estatuto, por recomendación de la Unión Africana reconoce la inaplicabilidad absoluta de la inmunidad diplomática para eludir la responsabilidad penal derivada del delito⁹²³ o el reconocimiento expreso de la imprescriptibilidad de los crímenes objeto de regulación⁹²⁴.

⁹¹⁸ TIJ, Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), Sentencia de 12 de julio de 2012, párrs. 68-69.

⁹¹⁹ *Id.* párr. 114 y 117. Buattle sostiene que la introducción del límite temporal modela o da contenido al *aut dedere aut judicare* recogido en la Convención por tres razones: 1. La Convención tiene como objetivo último prevenir la impunidad mediante el proceso penal; 2. Los Estados deben cumplir con sus obligaciones convencionales de buena fe y 3. El retraso en el enjuiciamiento puede violar el derecho de la víctima al debido proceso. BUATTLE, T., “The time of human justice and the time of human beings...*op. cit.* pp. 372.

⁹²⁰ En alusión a la expresión acuñada por Antonio Cassese para referirse a la Corte Internacional de Justicia, a la que llama “Respected Old Lady” en un Capítulo del último libro que coordinó antes de fallecer y en el que abogaba por la modernización del TIJ. CASSESE, A., “The International Court of Justice: It is High Time to Restyle the Respected Old Lady” en CASSESE, A., *Realizing Utopia...op cit.*

⁹²¹ TIJ, Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), Sentencia...párr. 94: “The Court considers that Article 7, paragraph 1, requires the State concerned to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution, irrespective of the existence of a prior request for the extradition of the suspect. That is why Article 6, paragraph 2, obliges the State to make a preliminary inquiry immediately from the time that the suspect is present in its territory (...).”

⁹²² TIJ, Caso de la Orden de Arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica), Sentencia de 14 de febrero de 2002, párr. 61.

⁹²³ Statut des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises pour la poursuite des crimes internationaux commis au Tchad durant la période du 7 juin 1982 au 1er décembre 1990, consultado el 17/07/2013. Article 10.3: “La qualité officielle d’un accusé, soit comme Chef d’État ou de Gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l’exonère en aucun

El Tribunal también lleva a cabo pronunciamientos no exentos de controversia. Así, su desarrollo teórico sobre el fundamento de la jerarquía y la distinta naturaleza jurídica entre ambas opciones, que otorga a la obligación de juzgar una naturaleza imperativa y preferente en relación a la de extraditar⁹²⁵ no convence a la jueza Xue, que tilda esta interpretación de cuestionable desde el punto de vista de la lógica jurídica⁹²⁶. Decepcionante resulta también la negativa del Tribunal a aplicar el artículo 7.1 de la Convención ⁹²⁷ a las torturas perpetradas con anterioridad a la entrada en vigor del instrumento internacional para Senegal, es decir, el 26 de junio de 1987. El Tribunal intenta compensar el excesivo “legalismo” con el que se enfrenta a esta cuestión con una invitación a Senegal a adentrarse en la investigación de estos crímenes a pesar de que la letra de la Convención no se lo exige:

“Although Senegal is not required under the Convention to institute proceedings concerning acts that were committed before 26 June 1987, nothing in that instrument prevents it from doing so⁹²⁸”.

cas de sa responsabilité pénale au regard du présent Statut, plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif d'atténuation de la peine encourue”.

⁹²⁴ Article 9 – Imprescriptibilité: “Les crimes relevant de la compétence des Chambres africaines extraordinaires sont imprescriptibles”.

⁹²⁵ CIJ, Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), Sentencia...párr. 95.

⁹²⁶ La magistrada considera que si la obligación de juzgar se considera imperativa y preferente en relación a la de extraditar, la solicitud de extradición de Bélgica ha de tener necesariamente una función distinta: la de controlar la implementación de las obligaciones de Senegal en virtud de la Convención. La magistrada tilda de inaceptable una interpretación que otorgue este rol a un Estado parte en la Convención. TIJ, Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), Sentencia de 12 de julio de 2012 (Opinión disidente de la jueza Xue), párr. 39: “If Senegal’s obligation to prosecute is presumed or mandated, Belgium’s request for extradition may be deemed playing a different role: monitoring the implementation of Senegal’s obligations under the Convention. It is true that Belgium’s request for extradition has actually pushed the process to bring Mr. Habré to prosecution, but to give a State party on the basis of *erga omnes* partes, certainly goes beyond the legal framework of the Convention”.

⁹²⁷ Artículo 7.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penal Crueles, Inhumanas o Degradantes de 10 de diciembre de 1984: “1. El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”.

⁹²⁸ TIJ, Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), Sentencia...párr. 102. En su Declaración, el Juez Donogue desarrolla de manera más exhaustiva la fundamentación jurídica que subyace a la aplicación retroactiva del derecho penal en el ámbito de los más graves crímenes internacionales, párr. 19: “(...) Looking beyond the Convention, Article 15 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights reflects a general prohibition on retroactive criminal laws, which also is part of many national legal systems. Nonetheless, the Covenant admits exceptions for offences that previously had been recognized as crimes. A State might therefore decide to prosecute an alleged offender in respect of acts of torture committed prior to enactment of a particular statute because it concludes that the conduct in question was criminal even before enactment of that particular statute”.

Sin perjuicio del reconocimiento de la trascendencia de esta sentencia de cara a la comprensión de la posición del Tribunal en relación al contenido y alcance de este principio, si nos concentramos en la aportación que el dictamen hace a la clarificación de la naturaleza jurídica de la cláusula, el asunto *Bélgica c. Senegal* debe ser calificado de decepcionante.

En efecto, el Tribunal decide dejar pasar la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza consuetudinaria de la obligación de extraditar o juzgar con respecto a los crímenes de lesa humanidad, dejando pasar una ocasión sin igual de contribuir a definir su propia naturaleza jurídica. A pesar de que Bélgica, en su escrito de demanda, junto con la obligación de juzgar derivada de la Convención contra la Tortura, alude expresamente a la obligación que pesa sobre Senegal en virtud del derecho consuetudinario de dirigir acciones penales contra el ex dictador por la supuesta comisión de crímenes contra la humanidad, el Tribunal descarta entrar en esta cuestión de manera tajante, dedicándole a su justificación apenas un párrafo⁹²⁹. En este sentido, la sentencia es criticable por su carácter excesivamente prudente o sucinto, opinión compartida por los Jueces Abraham y Sur que sostienen que el Tribunal debería haber declarado su jurisdicción para conocer de las alegaciones basadas en derecho consuetudinario presentadas por el Estado demandante⁹³⁰.

⁹²⁹ *Id.*, párr. 54.

⁹³⁰ TIJ, Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (*Bélgica c. Senegal*), Sentencia de 12 de julio de 2012 (Opinión disidente del Juez Abraham). El juez considera que la interpretación de la Corte es excesivamente rigorista ya que aunque es cierto que en el momento de la presentación de la demanda no había constancia de la existencia de un desacuerdo en relación a las obligaciones derivadas de la costumbre internacional, este conflicto se evidencia durante el juicio, lo cual, según el magistrado, constituye una base suficiente para que la Corte se pronuncie sobre ello. Es más, el jurista subraya que es la primera vez que la Corte niega tener jurisdicción sobre un caso sobre la base de que no existe una disputa cuando la misma es evidente en la fecha en la que se dicta la sentencia, incluso durante el procedimiento, párr. 18: “In the present Judgment, the Court goes a particularly clear step further in the formalistic approach to the condition relating to the existence of a dispute: this is the first time in the Court’s entire jurisprudence that it has declined to hear one part of a case on the basis of the lack of a dispute between the Parties, even though the dispute clearly exists on the date of the Court’s Judgment and was apparent in the proceedings before the Court (...)”. (Véanse, para un desarrollo completo de esta idea los párrafos. 7-18). En la segunda parte de su opinión particular, Abraham aborda esta cuestión y concluye que no es posible otorgarle a la obligación de extraditar o juzgar respecto a los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, el genocidio o las torturas la naturaleza de costumbre internacional, y rebate los argumentos y pruebas presentadas por Bélgica en sentido contrario. (Véanse los párr. 31-41); y TIJ, Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (*Bélgica c. Senegal*), Sentencia de 12 de julio de 2012 (Opinión disidente del Juez *ad hoc* Sur). Este Juez sugiere que la reticencia del Tribunal a pronunciarse sobre esta cuestión poco tiene que ver con una falta de competencia justificada para ello sino que responde a la intención de evitar entrar en un complejo (pero necesario) debate jurídico sobre la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar en relación a los más graves crímenes internacionales. Haya sido o no tomada esta decisión en aras de la prudencia, evitando adelantarse a promulgar la naturaleza consuetudinaria de la referida cláusula antes de tiempo, lo cierto es que este rechazo ha suscitado interpretaciones en sentido contrario, que infieren de la falta de implicación del Tribunal en el asunto, una prueba de falta de consolidación de esta cláusula como derecho consuetudinario, párr. 18: “I am sorry to note that this declaration of lack of jurisdiction appears to be the result of a twofold concern. On one hand, to avoid being drawn into a lengthy discussion which might delay the deliberation of the case, and thus to simplify the dispute by confining it to the Convention against Torture; on the other, to avoid having to find that the customary rule invoked by Belgium did not exist, so as not

Más allá de las cuestiones procesales, del análisis cronológico expuesto, se infiere que este asunto ha supuesto un impulso sin precedentes de los organismos regionales africanos y del reconocimiento del valor jurídico y político de sus pronunciamientos. A su vez, ha dado lugar a una importante reforma estructural del sistema penal en Senegal, que pasa así a formar parte del grupo de Estados que han adecuado su normativa interna al derecho internacional y a uno de los principios sobre los que se asienta: la lucha contra la impunidad en el ámbito de las más graves violaciones de derechos humanos.

De materializarse, estaríamos ante la primera vez que un tribunal penal regional (en tanto que Senegal acoge el juicio mediante las Cámaras Extraordinarias Africanas) juzga a un ex Presidente de un Estado por la supuesta comisión de crímenes internacionales. Otorgaría también una oportunidad a África de demostrar cuáles son sus capacidades reales para cumplir con los compromisos adquiridos en el ámbito del derecho penal internacional. Al menos en lo que se refiere a la voluntad política de colmar los espacios de impunidad y enjuiciar la totalidad de los crímenes cometidos por el dictador chadiano, es incuestionable que la valentía y el constructivismo con el que se afronta esta cuestión, supera con creces a los tibios pronunciamientos del TIJ.

Además del examen anterior, es preciso señalar que, en su opinión particular, el Juez Abraham, tras exponer las razones por las que consideraba que la Corte tendría que haberse atribuido la jurisdicción para conocer del conflicto en torno a las obligaciones que se derivaban del *aut dedere aut judicare* en relación a los crímenes contra la humanidad, en tanto que derecho consuetudinario, niega que esta cláusula tenga esta naturaleza jurídica:

“Indeed, in my opinion, there is no rule of customary international law requiring Senegal to prosecute Mr. Habré before its courts, either for the acts of torture, or complicity in torture, that are alleged against him - in that connection, there is indeed an obligation, but it is purely conventional – or for war crimes, crimes against humanity and the crime of genocide, which do not come within the scope *rationae materiae* of the Convention against Torture - in that regard there is, at present, no obligation under international law⁹³¹”.

En efecto, durante el proceso, el Tribunal le había realizado la siguiente pregunta a Bélgica: “is there sufficient evidence, based on State practice and *opinio iuris*, of a customary obligation for States to prosecute before their domestic individuals suspected of war crimes or crimes against humanity (which presupposes that they have provided their courts with the necessary jurisdiction), when there is no connecting link between the alleged offence and the forum State, that is to say, when the offence was committed outside the

to hinder its possible subsequent establishment in customary law, and thus to maintain the uncertainty surrounding this point, pending further developments. Despite the Court’s silence—perhaps even on account of it—it seems clear that the existence of a customary obligation to prosecute or extradite, or even simply to prosecute, cannot be established in positive law (...).”

⁹³¹ TIJ, Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), Sentencia de 12 de julio de 2012 (Opinión disidente del Juez Abraham), párr. 21.

territory of that State and neither the offender nor the victim were nationals of that State?⁹³²”

Como respuesta, este país entregó un documento con una lista de 51 Estados que habían incorporado a sus legislaciones la jurisdicción universal para conocer de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Algunos condicionaban el ejercicio de la jurisdicción a la presencia del acusado en el territorio, otros no.

Según Abraham, esta información es insuficiente para deducir la existencia de una costumbre internacional por tres razones:

1. Estos Estados representan una minoría en la comunidad internacional, lo cual es ya de por sí insuficiente para determinar la existencia de una costumbre internacional.

2. Algunos de esos Estados pueden haber adoptado esta legislación sobre la base de una particular interpretación de las obligaciones derivadas de tratado. Esta interpretación no es universalmente compartida en tanto que otros Estados parte en estas convenciones no han tomado las mismas medidas y no puede por tanto ser constitutiva de una *opinio iuris*.

3. Muchos de los Estados pueden haber decidido extender la jurisdicción de sus tribunales sobre los crímenes en cuestión en base a una decisión soberana y unilateral, sin creer que estaban obligados a ello por una obligación internacional, convencional o consuetudinaria⁹³³.

La incógnita que deja el Juez Abraham abierta con estos argumentos, y sobre la que se ha pronunciado una buena parte de la doctrina⁹³⁴, se presenta como la introducción perfecta para el último caso analizado en este apartado, resuelto por el TIJ en este mismo año: el asunto de la inmunidad jurisdiccional.

⁹³² *Id.*, párr. 31.

⁹³³ *Id.*, párr. 36-38.

⁹³⁴ Entre los que defienden la naturaleza consuetudinaria de la obligación de extraditar o juzgar, al menos en lo que se refiere a los más graves crímenes internacionales, cabe citar a BASSIOUNI, M.C. Y WISE, E., *Aut dedere aut judicare...op cit.*, pp.20-25; ENACHE-BROWN, C. y FRIED, A., “Universal Crime, Jurisdiction and Duty...op cit.”, pp. 613; OLSON, L.M., “Re-enforcing...op cit.”, p. 325; LEE A. S., “Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute: Why the United States is in Breach of its International Obligations”, VA. J. INT’L L. vol. 29, 1999, pp. 441-443, p. 425; Algunos autores van más allá y sostienen que la obligación, con respecto a los más graves crímenes internacionales, constituye una obligación *erga omnes*: OLLÉ SESE, M., *Justicia Universal...op cit.*, p. 197 e incluso Bassioni en un artículo posterior, BASSIOUNI, M.C., “*Ius Cogens and Obligatio Erga Omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, 1996, p. 73. Sin embargo, esta postura ha sido contestada desde otros sectores doctrinales, desde los que se considera que el argumento en virtud del cual la naturaleza consuetudinaria de la obligación de extraditar o juzgar podría desprenderse del carácter de *ius cogens* de la prohibición de los más graves crímenes internacionales, no es sostenible. VAN STEENBERGHE, R., “The Obligation to Extradite or Prosecute, Clarifying its Nature”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, (2011), p. 1092.

El caso Inmunidad Jurisdiccional de los Estados: Alemania contra Italia (2012)

El presente caso, resuelto por el mismo TIJ apenas 5 meses antes, enfrenta a Alemania y a Italia. El conflicto trae causa en la denegación de los mecanismos de reparación disponibles a una parte de las víctimas de los crímenes de guerra cometidos por las fuerzas alemanas durante la invasión del territorio italiano. Algunos de los crímenes relevantes fueron la masacre cometida el 21 de junio de 1944 en Civitella in Val di Chiana o ciertas masacres cometidas en Grecia (ej. La masacre del 10 de junio de 1944 en Distono⁹³⁵). A pesar de que se trata de una sentencia compleja, que aborda distintas cuestiones que merecen un análisis separado, a los efectos de esta investigación, nos centraremos en los razonamientos jurídicos esgrimidos por el TIJ para sostener que la excepción a la inmunidad jurisdiccional de los Estados no había cristalizado como costumbre internacional y que, por ende, tanto la apertura de procedimientos por parte de Italia para conocer de casos de víctimas a las que les había sido denegado arbitrariamente su derecho de reparación, como la ejecución de las condenas dictadas por los tribunales griegos en esta misma causa y la confiscación de propiedades alemanas en el territorio italiano, violaba el principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados, en los términos en los que se ha venido reconociendo tradicionalmente.

El TIJ, tal y como reconoce en el párrafo 51 de la sentencia, debía determinar si la incapacidad de un Estado (Alemania) de cumplir con sus obligaciones en materia de reparación, puede tener un efecto en la existencia y el contenido de la inmunidad jurisdiccional de ese Estado ante los tribunales extranjeros⁹³⁶.

Tras hacer un recorrido jurisprudencial por los criterios (aquí analizados) para determinar la concurrencia de la costumbre internacional⁹³⁷, el TIJ concluye, del análisis de la jurisprudencia de 6 Estados europeos (Italia, Grecia, Francia, Eslovenia, Polonia y Reino Unido), 2 Estados no-europeos (Canadá y Nueva Zelanda) y dos sentencias del TEDH⁹³⁸ que la excepción a la aplicación de la inmunidad jurisdiccional en casos de graves violaciones de derechos humanos no se había consolidado como costumbre internacional, por lo que Italia, al emprender las acciones descritas ha violado esta costumbre internacional⁹³⁹.

⁹³⁵ ESPÓSITO, C., “Of Plumbers and Social Architects: Elements and Problems of the Judgment of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of States”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, núm. 3, 2013, p. 3 (pendiente de publicación). Este autor realiza en este trabajo un brillante análisis del contenido de la sentencia, así como del contexto histórico y antecedentes jurídicos y sociales de la misma.

⁹³⁶ TIJ, Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia: con la intervención de Grecia), Sentencia de 3 de febrero de 2012, párr. 51.

⁹³⁷ *Id.*, párr. 55.

⁹³⁸ *Id.*, párrs. 83-87 y 90.

⁹³⁹ Espósito critica la metodología utilizada por la Corte a la vez que elogia el enfoque mucho más moderado que defiende el Juez Yusuf en su opinión particular que, en opinión del autor,

Más allá de las merecidas críticas de las que esta sentencia pueda ser objeto por el desamparo al que condena a las víctimas de las violaciones de derechos humanos perpetradas durante la 2GM, se trata sin duda esta de una sentencia “de doble filo”, porque si por un lado, los criterios concretos, numéricos y positivos esgrimidos por el tribunal para extraer su conclusión han permitido en este caso que se infiera una conclusión “firme” sobre el carácter de derecho consuetudinario de la excepción en cuestión, si hacemos el esfuerzo de mirar esta sentencia desde la neutralidad y desde un enfoque casi utilitarista, podemos hallar en este pronunciamiento una base relativamente sólida y segura sobre la que sostener las conclusiones acerca de la naturaleza jurídica de la obligación de extraditar o juzgar en relación a los crímenes de lesa humanidad.

entre otras cosas, habría evitado contradicciones en los pronunciamientos del TIJ. ESPÓSITO, C., “Of Plumbers and Social Architects: Elements...*op cit.*”, p. 12.

7.3. Manifestaciones de los Estados

Si bien es cierto que las resoluciones de los organismos internacionales y las sentencias de los tribunales supranacionales tienen una influencia cada vez mayor en la cristalización de la costumbre internacional, a la hora de despejar el interrogante de la naturaleza jurídica de una cláusula procesal, en el derecho internacional no hay nada que pueda sustituir a la práctica de los Estados⁹⁴⁰. No obstante, la enorme empresa a la que nos enfrentamos al intentar identificar una práctica uniforme y constante generalmente seguida en la sociedad internacional exige algunas matizaciones previas. Así, la mayor parte de los iusinternacionalistas coinciden en afirmar que es suficiente que la práctica sea generalmente aceptada por los Estados interesados, definiéndose estos como “aquellos que hayan tenido ocasión de comportarse en el sentido de la norma que se invoca⁹⁴¹”.

La segunda puntualización a la que es necesario hacer referencia por su gran potencial viene recogida en el Principio 19 de los Principios de Londres y reza como sigue:

“En el ámbito de la conducta de los Estados y de los tribunales y cortes internacionales, una manifestación sustancial de aceptación (consentimiento o creencia) de que existe una norma consuetudinaria por parte de los Estados, puede compensar una relativa falta de práctica y viceversa”.

El supuesto al que se alude con la expresión “viceversa” no presenta mayores problemas, ya que, tal y como se ha estudiado de la mano de Mendelson, parece que existen argumentos convincentes para afirmar que la individualización de la concurrencia del elemento subjetivo no es un requisito imprescindible para afirmar la existencia de una costumbre internacional⁹⁴². De la jurisprudencia

⁹⁴⁰ MITCHELL, C., *Aut Dedere, aut Judicare...op cit.*, Introduction, párr. 5: “In order to assess the status of the extradite or prosecute clause at international law, there is no substitute for comprehensive empirical research of State practice”.

⁹⁴¹ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I.; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional Público...*, op. cit., p. 201; REMIRO BROTONS, A., y otros, *Derecho Internacional*, op. cit. pp. 506; RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J., *Lecciones de derecho internacional público...* op. cit., p. 201: “En segundo lugar, la verificación de la generalidad en la aceptación debe tener especialmente en cuenta a los Estado interesados en relación con el contenido concreto de la norma pretendida como consuetudinaria que serán aquellos que hayan tenido ocasión y necesidad de manifestare en torno a una determinada materia. Parece obvio que si se quiere averiguar el contenido de las normas consuetudinarias en materia de exploración y utilización del espacio exterior han de resultar de primordial significación la práctica efectivamente realizada por aquellos Estados que de hecho vienen realizando actividades en dicho espacio”.

⁹⁴² Postura que no es, en absoluto, pacífica entre la doctrina. Así, como representante del extremo opuesto hallamos a Bin Cheng que considera que la *opinio iuris* es el elemento fundamental para la formación y consolidación de la costumbre, otorgando relevancia a la práctica de los Estados solo en tanto que prueba de la misma. CHENG, B., “United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law?” *Indian Journal of International Law*, vol. 5, 1965, p. 23. Más moderada, pero firme en su defensa del carácter necesario de la *opinio iuris*, se muestra Mitchell. MITCHELL, C., *Aut Dedere, aut Judicare...op cit.*, Sources of the “aut dedere auto judicare” obligation, párr. 24: “(...) even when dealing with humanitarian norms, such as those relating to individual criminal responsibility, it is still

del TIJ se desprende que la práctica constante y uniforme de los Estados es suficiente para declarar la existencia de una costumbre⁹⁴³.

Sin embargo, la otra opción enunciada en el Principio alude a la posibilidad de que una amplia evidencia de la existencia de consentimiento u *opinio iuris* convierta la prueba de la existencia de la práctica en innecesaria. Se trata de una fórmula controvertida en tanto que, en un primer momento, puede evocar una contradicción en sí misma (costumbre internacional sin costumbre). No obstante, los comentaristas de los principios de Londres han encontrado argumentos de peso para defender su validez, que van desde la afirmación de que los actos verbales pueden ser considerados un tipo de práctica del Estado hasta la tautológica alusión a la extensión de la vinculatoriedad de una norma para el Estado que haya consentido en ella, a la totalidad de Estados que presten el mismo consentimiento. El comentario también se refiere al caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua de 1986, que confirmó la existencia de una tendencia en esta línea en el seno del Tribunal Internacional de Justicia⁹⁴⁴, sentencia en la que se basó Kirgis para proponer su teoría sobre la “escala deslizante”:

“On the sliding scale, very frequent, consistent state practice establishes a customary rule without much (or any) affirmative showing of an *opinio iuris* so long as it is not negated by evidence of non-normative intent. As the frequency and consistency of the practice decline in any series of cases, a stronger showing of an *opinio iuris* is required. At the other end of the scale a clearly demonstrated opinion iuris establishes a customary rule without much (or any) affirmative showing that governments are consistently behaving in accordance with the asserted rule⁹⁴⁵”.

Una vez aclarados dos aspectos fundamentales para el análisis que se realizará a continuación, siguiendo el orden ya enunciado, se comenzará estudiando las manifestaciones que, en relación al *aut dedere aut judicare*, han realizado los Estados en contextos internacionales respecto al crimen de lesa humanidad, para luego recorrer la presencia de la cláusula en las legislaciones nacionales y finalizar con el escrutinio de su aplicación por parte de los tribunales domésticos.

necessary to provide evidence of both practice and *opinio iuris*, and one cannot rely on an aspirational sense that such a norm “should be” binding on all States”.

⁹⁴³ Véase: Asunto de las Pesquerías, ICJ Reports 1951, p. 116, párr. 128; Asunto Barcelona Traction, ICJ Reports, 1970, p. 3, párr. 42; asunto de la Plataforma Continental (Libia/Malta), ICJ Reports 1985, p. 12, párr. 33.

⁹⁴⁴ Meron hace una interpretación “cuasi-aspiracional” del pronunciamiento del tribunal en este caso afirmando que la decisión del TIJ de otorgar poca relevancia a la práctica de los Estados, especialmente cuando ésta es contradictoria, reconociendo, sin embargo, una importancia central a las resoluciones de la Asamblea General y otras organizaciones internacionales sugiere la existencia de una mayor flexibilidad a la hora de probar la formación de una costumbre internacional en el ámbito del derecho humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos. MERON, T., *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 113-114.

⁹⁴⁵ KIRGIS, F.L., “Custom on a Sliding Scale”, *AJIL*, vol. 81, 1987, p.146, citado en Asociación de Derecho Internacional, *London Statement of Principles... op cit.* p. 42.

7.3.1. En contextos internacionales: Asamblea General y Comisión de Derecho Internacional

Se parte aquí de la aceptación de la imposibilidad material de intentar recopilar todas las manifestaciones hechas por los Estados en relación a esta cuestión. Aún limitando el análisis a las declaraciones formales hechas en el seno de las Naciones Unidas, y por ende, en un contexto espacial y temporal definido, seguiríamos ante una tarea que excede con creces el ámbito de esta investigación. Por este motivo, y con el objetivo de presentar al menos las manifestaciones más concretas que sobre esta cuestión se han realizado en el marco de Naciones Unidas, se examinarán aquí exclusivamente dos grupos de comunicaciones:

Se analizarán por un lado, las respuestas ofrecidas por los Estados en la 65ª sesión de la Asamblea General, en el marco de la Sexta Comisión, en relación al tema del alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal por la estrecha conexión entre este principio y el *aut dedere aut judicare* y las consiguientes referencias a este último en las respuestas de los Estados; y por otro lado, la información recibida por la Comisión de Derecho Internacional como respuesta a la invitación formulada a los gobiernos para que proporcionaran información sobre legislación y prácticas relativas al tema “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)⁹⁴⁶).

Análisis de las respuestas de los Estados en relación al tema del alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal (Sexta Comisión de la AG)

El tema del alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal se incluyó en la agenda provisional de la 64ª sesión de la AG, a petición de la República Unida de Tanzania, en nombre del Grupo de los Estados de África⁹⁴⁷. Así, esta cuestión fue abordada en las sesiones 64ª (2009), 65ª (2010), 66ª (2011) y 67ª (2012) de la Asamblea. En efecto, mediante la Resolución 64/117, la AG,

“*Solicita* al Secretario General que invite a los Estados Miembros a que, presenten, antes del 30 de abril de 2010, información y observaciones sobre el alcance y la aplicación del principio de la jurisdicción universal, incluida información sobre los tratados internacionales aplicables pertinentes, sus disposiciones legales y prácticas judiciales internas, y a que preparen un informe basado en esa información y observaciones y lo presenten a la Asamblea General en su sexagésimo quinto período de sesiones⁹⁴⁸”.

Más allá de las declaraciones y comentarios hechos por los Estados en las

⁹⁴⁶ Res. AG 61/34, Doc NU A/RES/61/34 (4 de diciembre de 2006), párr.6.

⁹⁴⁷ Solicitud de inclusión de un tema adicional en el programa de sesiones de sexagésimo tercer período de sesiones. Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal. Doc NU: A/63/237/Rev.1, Sexagésimo tercer período de sesiones.

⁹⁴⁸ Res. AG 64/117, Doc UN A/RES/64/117 (16 de diciembre de 2009), párr. 1.

diferentes reuniones de las sesiones, un total de 58 Estados han respondido⁹⁴⁹, de manera escalonada, a esta invitación enviando informes nacionales sobre el alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal en sus países. De entre ellos, 24 merecen ser traídos a colación por las manifestaciones que incluyen en torno al alcance, contenido y naturaleza de la obligación de extraditar o juzgar y que representan una importante fuente para la identificación de la *opinio iuris*.

Comenzando por Bielorrusia, este país prohíbe, en el artículo 85 de su CP, la impunidad (“the release from criminal responsibility”) de personas que han cometido crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, en aplicación de la convención sobre la No Aplicabilidad de Limitaciones Estatutarias a los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad. Además reconoce el alcance extraterritorial de su jurisdicción para delitos internacionales cometidos por extranjeros fuera del territorio de Bielorrusia (siempre que esté en suelo de Bielorrusia) estos casos y la posibilidad de extraditar.

Sin embargo, más adelante afirma que “Belarus exercises extraterritorial jurisdiction, but only with regard to crimes covered by the relevant international treaties to which Belarus is a party. In order for the principle of universal jurisdiction to be established in its legislation, the relevant provisions of the international treaties to which Belarus is a party must be incorporated into Belarus’s legal system, and the legislation regulating the procedural conditions for implementation of the principle must be adopted”.

Bélgica, por su parte, se pronuncia en términos inequívocos acerca de la naturaleza consuetudinaria de la obligación de juzgar con respecto a los más graves crímenes internacionales:

“Belgium believes that there are also customary obligations which require States to incorporate rules of universal jurisdiction in their domestic law in order to try persons suspected of crimes of such seriousness that they threaten the international community as a whole, such as grave crimes under international humanitarian law. This customary obligation to prosecute the perpetrators of grave crimes under international humanitarian law does not exist, in Belgium’s view, unless such persons are present in the territory of the State concerned⁹⁵⁰”. Camerún detalla la disposición de su Código Penal que reconoce la obligación de extraditar o juzgar mediante la regulación de la jurisdicción aplicable a algunas de sus subcategorías:

Sección 11 del Código Penal de 2001:

“The criminal law of the Republic shall apply to piracy, human trafficking, slave trade or drug trafficking, even when committed outside the territory of the Republic. However, no foreign national may be tried in the territory of the Republic for offences referred to in the present section, committed abroad,

⁹⁴⁹ En la página de la Comisión constan 59 Observaciones pero el documento de Vietnam no resulta accesible.

⁹⁵⁰ Observaciones de Bélgica sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010), párr. 11.

unless the foreign national was arrested in the territory of the Republic and was not extradited and provided that the prosecution is undertaken by the Public Prosecutor's Office⁹⁵¹".

Las observaciones de Chile, aunque no hacen alusión directa a la obligación de extraditar o juzgar, son también interesantes porque, tras reconocer el carácter preferente de la jurisdicción territorial, ponen el acento sobre algunos presupuestos necesarios de cara a consolidar una herramienta procesal internacional (bien sea la obligación de extraditar o juzgar bien sea otra) que garantice efectivamente el enjuiciamiento de los más graves crímenes internacionales:

"(...) La universalización de la justicia que en muchos aspectos puede ser positiva, no puede llevarse a cabo a través de actos unilaterales, que aparte de que atentan contra los principios de no intervención y de igualdad jurídica de los Estados, también pueden convertirse en un factor de anarquía internacional al permitir que sean los Estados más poderosos los que se arroguen la facultad de ser, selectivamente, justicieros de los más débiles⁹⁵²".

China se aventura, en su respuesta a la Sexta Comisión, a detallar las condiciones y limitaciones a las que está sujeta la implementación de la obligación de extraditar o juzgar, que, por otro lado, califica de obligación exclusivamente convencional:

"(...) the implementation of "aut dedere aut judicare" rules is also subject to numerous conditions and limitations; in particular,

(1) [Such rules] are applicable only with reference to crimes stipulated under the corresponding international treaties, and the rights and obligations entailed are limited to the States Parties to the corresponding treaties;

(3) [Such rules] are predicated on the presence of the accused persons within the territory of the State Party exercising sovereignty, and are not applicable to persons outside that territory;

(4) [Such rules] respect and to the greatest extent possible prioritize the exercise of sovereignty by the State on whose territory the criminal act occurred or of which the person accused of committing that act is a national. The State within whose territory the accused is found should immediately notify the State on whose territory the crime was committed or of which the accused is a national, providing verification of the relevant facts and cooperating with it on issues regarding the exercise of sovereignty;

(5) [Such rules] take the prior possession of sufficient evidence as a prerequisite for initiating criminal proceedings, and rigorously adhere to proper legal procedures to safeguard all legal procedural rights of the accused;

(6) A State may in no way exercise sovereignty within the territory of another State, nor may it perform the functions that properly belong to the authorities of that other State under its laws;

(7) The regulations governing immunity under international law may not be

⁹⁵¹ Observaciones de Camerún sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

⁹⁵² Observaciones de Chile sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

violated, especially the jurisdictional immunity enjoyed by foreign heads of State, Government leaders and other officials under international law.

Moreover, some States, in carrying out their legislative and judicial functions, have imposed further procedural limitations on the exercise of the aforementioned jurisdiction, for example by requiring the prior approval or authorization of the highest national executive or judicial authorities prior to raising the level at which a case is tried⁹⁵³.

Costa Rica se limita a hacer referencia a un proyecto de ley que pretende modificar el Código Penal, en el que se puede inferir el reconocimiento de esta cláusula en relación a los más graves crímenes internacionales⁹⁵⁴. Dinamarca afirma que su normativa interna permite que este país ejerza su jurisdicción obligatoria cuando esta obligatoriedad se infiera del derecho internacional, convencional o consuetudinario.

Una vez constatada la naturaleza obligatoria del enjuiciamiento, de la interpretación conjunta del apartado 5 y 6 del artículo 8 del Código Penal danés (que reconoce la jurisdicción de los tribunales daneses si no se procede a la extradición), puede deducirse la existencia de la obligación de extraditar o juzgar para los más graves crímenes internacionales. Así, según el representante danés, “Section 8, s 1, no.6 of the Criminal Code establishes Danish jurisdiction where extradition of a person for prosecution in another country is rejected, and the act, provided it has been committed within the territory of a foreign state, is punishable according to the law of the state in which it was committed (dual criminality), and the act is punishable under Danish law and may be sanctioned with a sentence longer than imprisonment for one year⁹⁵⁵”. Finlandia, que ha incorporado a su Código Penal el reconocimiento de la obligación de juzgar derivada del derecho convencional que le es vinculante, cita, en sus Observaciones, el que considera el primer proceso abierto en aplicación del principio de jurisdicción universal. No obstante, de una atenta lectura a la descripción del establecimiento de la jurisdicción se desprende que estamos realmente ante un caso de aplicación de la obligación de extraditar o juzgar, ya que se citan los dos elementos configuradores de la misma: presencia del acusado en el territorio e imposibilidad de extraditar:

“The first case tried by a Finnish court under the principle of universal jurisdiction is currently pending before a district court. In that case, the defendant was residing in Finland and was arrested as his name had appeared on a list of suspects published by the authorities of his country of origin. It was

⁹⁵³ Observaciones de China sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010), párr. 6.

⁹⁵⁴ Observaciones de Costa Rica sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010): “Artículo 415.3. La jurisdicción nacional no se ejercerá cuando:

Tratándose de crímenes o delitos cuyo juzgamiento sea jurisdicción de la Corte Penal Internacional:

(...)

b. Se solicite la extradición por parte del Estado competente al amparo de Tratados o Convenciones internacionales vigentes para la República”.

⁹⁵⁵ Observaciones de Dinamarca sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

found that the person concerned could not be extradited under the Finnish law and therefore he was charged in Finland on the basis of universal jurisdiction⁹⁵⁶". Israel aprovecha la ocasión para, tras reconocer la aplicabilidad del principio de jurisdicción universal dispositivo con condiciones (consentimiento escrito del Fiscal General y necesidad de que la apertura del procedimiento responda al interés general), negar la existencia de la naturaleza consuetudinaria del *aut dedere aut judicare*:

"Israel notes that the principle of "extradite or prosecute" (also referred to as the principle of *aut dedere aut judicare*) is conceptually distinct from universal jurisdiction. Israel further notes that even in cases where States have the authority to assert universal jurisdiction, they have broad prosecutorial discretion in determining whether to do so in a specific case. This is increasingly reflected in State practice world-wide, where appropriate safeguards have been applied so as to ensure that careful and responsible exercise of the principle of universal jurisdiction and to prevent its abuse for political ends⁹⁵⁷".

Kenia declara en sus Observaciones, que el principio *aut dedere aut judicare* ha fomentado la implementación en las legislaciones domésticas de los principios de jurisdicción universal y de complementariedad de una manera más sistemática y concreta⁹⁵⁸. En sentido parecido parece pronunciarse Ruanda, que concibe la referida cláusula como un apoyo al presupuesto de que no se requiere nexo de conexión alguno con el caso para el ejercicio de la jurisdicción universal,⁹⁵⁹.

Malasia defiende el carácter puramente convencional de la obligación de extraditar o juzgar, distinguiéndola del principio de jurisdicción universal⁹⁶⁰. Los Países Bajos hacen referencia a una serie de procesos abiertos supuestamente en aplicación del principio de jurisdicción universal contra un congoleño, dos afganos y dos ruandeses, todos ellos presentes en el territorio

⁹⁵⁶ Observaciones de Finlandia sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

⁹⁵⁷ Observaciones de Israel sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

⁹⁵⁸ Observaciones de Kenia sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

⁹⁵⁹ Observaciones de Ruanda sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010): "The Princeton Principles on universal jurisdiction, being a "progressive restatement of international law on the subject of universal jurisdiction", in the subsection 3 of principle 1 stipulates that a state may seek the extradition of the accused of the crime under international law without further requirement to any connection to the state. This subsection, supported by the general principle of law *aut dedere aut judicare*, supports the proposition that link for the exercise of universal jurisdiction is not required".

⁹⁶⁰ Observaciones de Malasia sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010), párr. 6: "Nor should the principle of universal jurisdiction be confused with the principle of *aut dedere aut judicare*, which under the relevant international criminal treaties (and hence operates as a treaty obligation for State Parties) requires a State Party where an offender is found to prosecute or extradite him. (...) In Malaysia's view, the principle of *aut dedere aut judicare* does not on itself establish universal jurisdiction for that particular treaty-based offence".

holandés⁹⁶¹. Nueva Zelanda pone sutilmente de manifiesto que una gran parte de las veces que se piensa que un tratado o acuerdo incorpora el principio de jurisdicción universal, en realidad es el *aut dedere aut judicare* lo que está regulando:

“New Zealand legislation attributes extra-territorial jurisdiction to a number of offences, usually those that implement international agreements containing obligations to criminalise certain actions and ensure that offenders are prosecuted or extradited.

Although these agreements are often described as creating “universal jurisdiction”, New Zealand considers that the extra-territorial jurisdiction assumed under them is different to universal jurisdiction in that limits remain on the circumstances in which jurisdiction may be exercised. In particular, the exercise of jurisdiction is limited to criminal acts that have some link with New Zealand⁹⁶²”.

Perú se limita a ofrecer un criterio de diferenciación entre la obligación de extraditar o juzgar y el principio de jurisdicción universal⁹⁶³. Las Observaciones de Corea del Sur son interesantes porque al preguntar a los representantes de este Estado por el principio de jurisdicción universal, éstos responden refiriéndose exclusivamente al *aut dedere aut judicare*, otorgándole a la cláusula una naturaleza convencional⁹⁶⁴. Eslovenia incluye en su respuesta una observación de la que se puede inferir directamente el reconocimiento de la naturaleza consuetudinaria de la obligación de extraditar o juzgar en relación a crímenes que son también objeto de regulación por parte de instrumentos convencionales:

⁹⁶¹ Observaciones de los Países Bajos sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

⁹⁶² Observaciones de Nueva Zelanda sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

⁹⁶³ Observaciones de Perú sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010): “El Perú estima que la Jurisdicción Universal constituye una institución jurídica diferente a la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Así, la Jurisdicción Universal implica un criterio de atribución de jurisdicción, mientras que la obligación de extraditar o juzgar es una obligación que se verá satisfecha cuando se extradite al acusado o el Estado decida juzgarlo sobre la base de cualquiera de los criterios de atribución de jurisdicción existentes. En este sentido, la obligación de extraditar o juzgar se podrá establecer en un tratado para cualquier tipo de crimen, sin que éstos sean necesariamente susceptibles del ejercicio de la jurisdicción universal”.

⁹⁶⁴ Observaciones de Corea del Sur sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010): “The principle of *aut dedere aut judicare* is neither equal to nor synonymous with universal jurisdiction. However, by being a signatory to treaties incorporating the principle of *aut dedere aut judicare*, Korea may exercise jurisdiction as appropriate even if it entirely inconnected to the crime itself. Attached is a list of treaties incorporating the *aut dedere aut judicare* principle, which Korea has acceded to and ratified. As we shall see below, one among them, previously, has enables the Korean Supreme Court to invoke universal jurisdiction as defined in the above mentioned concept. (...)The Korean Constitution does not require additional domestic laws to be made in order to implement any treaties to which Korea is a party and which incorporate the *aut dedere aut judicare* principle”.

“In addition to customary international law numerous treaties oblige their state parties to empower their criminal justice system to exercise universal jurisdiction over crimes defined in such treaties when a perpetrator is subsequently found on the territory of such state⁹⁶⁵”.

Por otro lado, Sudáfrica reconoce la vigencia de la obligación pero solo como parte del derecho convencional⁹⁶⁶. La postura sueca resulta un tanto ambigua ya que si bien alude al carácter vinculante de esta obligación para los Estados (“States have a right and an obligation to either prosecute or extradite persons suspected of having committed genocide, crimes against humanity, war crimes or torture”), también reconoce que el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción sueca no se basa siempre en el principio de jurisdicción universal, para luego pasar a exponer los delitos respecto de los cuales el Código Penal sueco ha incorporado el principio de jurisdicción universal ⁹⁶⁷. Suiza identifica la obligación de extraditar o juzgar con la versión imperativa, condicional y convencional del principio de jurisdicción universal⁹⁶⁸. Estados Unidos es contundente: la obligación de extraditar o juzgar es una obligación convencional⁹⁶⁹.

Argentina tampoco extrae ninguna conclusión acerca de la naturaleza jurídica de la cláusula procesal pero ofrece una interesante reflexión acerca de la diferencia entre esta figura y la jurisdicción universal:

“El objetivo del principio *aut dedere aut judicare* es evitar que los delitos queden impunes cuando no se concede la extradición del sospechoso que se encuentra en el territorio del Estado requerido. El principio *aut dedere aut judicare* no establece per se qué bases de jurisdicción deberían ser ejercidas cuando el Estado requerido opta por remitir el caso a sus propias autoridades judiciales. La jurisdicción universal, por el contrario, es una base en sí misma

⁹⁶⁵ Observaciones de Eslovenia sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

⁹⁶⁶ Observaciones de Sudáfrica sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010), párr. 3.3.3 y 3.5.5.

⁹⁶⁷ Observaciones de Suecia sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010). No se pronuncia, sin embargo, sobre la naturaleza jurídica de esta obligación.

⁹⁶⁸ Observaciones de Suiza sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010), párr. III: “The rule according to which States are obliged to prosecute or extradite those who commit certain offences (*aut dedere aut judicare*) is inextricably linked to the principle of universal jurisdiction, particularly in its conditional interpretation. Therefore, depending on the case, if the State is not in a position to extradite an individual, the right to exercise universal jurisdiction can become an obligation as a result of the *aut dedere aut judicare* rule contained in a treaty to which the State is a party”. Por interpretación “condicional” o “limitada” del principio de jurisdicción universal, Suiza se refiere a una versión del principio de jurisdicción universal condicionada a la concurrencia de ciertos requisitos como la presencia del acusado en el territorio.

⁹⁶⁹ Observaciones de Estados Unidos sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010): “In this sense, the principle of universal jurisdiction is distinct from the treaty-based principle of *aut dedere aut judicare*”.

para habilitar el ejercicio de jurisdicción que se basa únicamente en la naturaleza del crimen, indistintamente de dónde hubiera sido cometido dicho crimen, de la nacionalidad de la víctima o del presunto culpable, o de cualquier otro punto de conexión con los intereses nacionales del Estado que ejerce la jurisdicción. Sentado lo que antecede, se acepta que el principio *aut dedere aut judicare* puede superponerse con el de jurisdicción cuando un Estado no tiene punto de conexión con el crimen más que la mera presencia del sospechoso en su territorio y, en aplicación del principio “*aut dedere aut judicare*”, opta por no conceder la extradición y, consecuentemente, el juzgamiento del caso se funda necesariamente en la jurisdicción universal. Se entiende que sólo en este caso hay una superposición de ambos conceptos o, en otras palabras, que es en este caso en que la jurisdicción universal cumple un rol decisivo en la aplicación cabal del principio *aut dedere aut judicare*⁹⁷⁰. De las Observaciones de Bosnia y Herzegovina se desprende que este Estado, que se refiere solo al carácter convencional de la obligación, considera al principio de jurisdicción universal como una herramienta necesaria al servicio del *aut dedere aut judicare* permitiendo su aplicación práctica⁹⁷¹. Paraguay, aunque no lo hace de manera directa, parece insinuar que reconoce el *aut dedere aut judicare* exclusivamente en el marco del derecho convencional⁹⁷². En estos mismos términos se insinúa la posición acerca de la naturaleza convencional de esta obligación alternativa por parte del Reino Unido⁹⁷³.

Análisis de las respuestas de los Estados en relación al tema del alcance y aplicación del principio de *aut dedere aut judicare* (CDI)

Se ha adelantado ya que la inclusión del tema del principio *aut dedere aut judicare* en el programa a largo plazo de la Comisión tiene lugar en el año 2004, en la sesión 56^o de la CDI⁹⁷⁴. Tras recibir un Informe Preliminar el 7 de junio de 2006⁹⁷⁵ por parte del Relator Especial, la Comisión, en su 58^o período de sesiones, decide solicitar a los Gobiernos que presenten información sobre su

⁹⁷⁰ Observaciones de Argentina sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 66^o período de sesiones (2011).

⁹⁷¹ Observaciones de Bosnia y Herzegovina sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 66^o período de sesiones (2011): “The obligation on a State to conduct a trial against an alien when a foreign state’s request for extradition has been refused would not be possible to implement without the universal principle which allows for the application of domestic law in such cases”.

⁹⁷² Observaciones de Paraguay sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 66^o período de sesiones (2011), pp. 3.

⁹⁷³ Observaciones del Reino Unido sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 66^o período de sesiones (2011), pp. 3: “Universal jurisdiction should be distinguished from certain other types of jurisdiction: (...) Second, from jurisdiction established under treaties which provide for an “extradite or prosecute” regime (...)”.

⁹⁷⁴ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 56^o período de sesiones, Anexo, p. 345, Doc. NU: A/59/10.

⁹⁷⁵ Comisión de Derecho Internacional, 58^o período de sesiones, Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzisław Galicki, Relator Especial, 7 de junio de 2006, Doc. NU. A/CN. 4/571.

legislación y práctica relativas a la obligación de extraditar o juzgar⁹⁷⁶. Un año después, en virtud de la Resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, las cuestiones sobre las que se requiere información a los Estados se amplían, solicitándose a los Estados también información sobre si el Estado consideraba la obligación de extraditar o juzgar como una obligación de carácter consuetudinario, y en tal caso, en qué medida⁹⁷⁷.

Aunque siguen siendo pocos los Estados que, a fecha de noviembre de 2013, han respondido a la invitación de la CDI a proporcionar información acerca del alcance, naturaleza y contenido del principio en su territorio, se ofrecerá a continuación mediante una tabla, una esquemática clasificación de aquellas respuestas recibidas, con el fin de arrojar un poco de luz sobre la incógnita que nos ocupa: la naturaleza jurídica del *aut dedere aut judicare* en relación al crimen de lesa humanidad⁹⁷⁸.

⁹⁷⁶ Para una descripción detallada de las fases de trabajo de la CDI, véase Capítulo V, Análisis del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (2011).

⁹⁷⁷ CDI, 60^o período de sesiones, La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Información y observaciones recibidas de los gobiernos, Doc NU: A/CN.4/599 de 30 de mayo de 2008, párr. 4.

⁹⁷⁸ En concreto, el número total de respuestas asciende a 29, de las cuales solo 15 se pronuncian sobre la que consideran que es la naturaleza jurídica de esta obligación alternativa.

Estados que otorgan al <i>aut dedere aut judicare</i> carácter de obligación convencional
--

Tailandia ⁹⁷⁹ , Japón ⁹⁸⁰ , Chile ⁹⁸¹ , Irlanda ⁹⁸² , México ⁹⁸³ , Eslovenia ⁹⁸⁴ , Túnez ⁹⁸⁵ , Estados Unidos ⁹⁸⁶ , Sri Lanka ⁹⁸⁷ , Kuwait ⁹⁸⁸ , Rusia ⁹⁸⁹ , Canadá ⁹⁹⁰ , Sudáfrica ⁹⁹¹
--

Estados que otorgan al <i>aut dedere aut judicare</i> carácter de obligación consuetudinaria

Bélgica (véase explicación infra)

⁹⁷⁹ CDI, 59º período de sesiones, La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Información y observaciones recibidas de los gobiernos, Doc. NU. A/CN.4/579 de 5 de marzo de 2007, párr.17 (enumera los tratados internacionales que incorporan la obligación de extraditar o juzgar y en os que Tailandia es parte) y párrafo 34, en el que indirectamente afirma el carácter convencional al reconocer que la incorporación de la obligación a la legislación interna se hace en virtud de las obligaciones contenidas en los tratados: “La Ley de 1991 de medidas para la represión de los delitos relacionados con los estupefacientes se aprobó para dar cumplimiento a las convenciones sobre delitos relacionados con los estupefacientes y obligar a Tailandia a conceder la extradición sobre la base de los tratados multilaterales en los que se recoge la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)”.

⁹⁸⁰*Id.*, Párr. 47: “En el sistema judicial japonés, la obligación de extraditar o juzgar prevista en los tratados enumerados en la sección II A se ejecuta según lo previsto en la Ley de extradición, el Código Penal y otras leyes y reglamentos conexos”.

⁹⁸¹ CDI, 59º período de sesiones, La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Información y observaciones recibidas de los gobiernos, Doc UN A/CN.4/579/Add.1 de 30 de abril de 2007, párr. 23: “ La normativa seguida a fin de cumplir la obligación de extraditar o juzgar se deriva directamente de los tratados suscritos por Chile. La cuestión no se aborda en las normas internas de carácter legal o constitucional”.

⁹⁸² *Id.* Párr 24: “Los mecanismos que permiten a Irlanda cumplir las obligaciones de extraditar o enjuiciar que le imponen los tratados internacionales se recogen en el derecho interno, ya sea en su legislación primaria o secundaria”.

⁹⁸³ *Id.* Párr. 36: “(...) Por lo tanto, México ha incorporado el principio *aut dedere aut judicare* en su sistema jurídico mediante la ratificación de los tratados internacionales que lo reconocen”.

⁹⁸⁴ *Id.* Párr. 42: “El artículo 47 establece que ningún ciudadano de Eslovenia puede ser extraditado o entregado, a menos que esa obligación de extraditar o entregar surja de un tratado en virtud del cual Eslovenia haya cedido el ejercicio de parte de sus derechos soberanos a una organización internacional, de conformidad con las disposiciones del párrafo 1 del artículo 3 a) de la Constitución”.

⁹⁸⁵ *Id.* Párr. 67: “Por otra parte, el Estado tunecino está obligado por las convenciones judiciales internacionales mencionadas anteriormente a iniciar acciones penales en Túnez contra una persona cuya extradición y enjuiciamiento se soliciten en aplicación del principio de extraditar o juzgar”.

⁹⁸⁶ CDI, 59º período de sesiones, La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Información y observaciones recibidas de los gobiernos, Doc UN A/CN.4/579/Add.2, párr. 2: “En opinión de los Estados Unidos, el derecho internacional consuetudinario no contempla ninguna obligación general de extraditar o juzgar por delitos que no estén previstos

La posición de Bélgica es particular. Si por un lado considera que la obligación de extraditar o juzgar es una obligación alternativa que tiene, para los delitos graves distintos del derecho internacional humanitario, un carácter exclusivamente convencional⁹⁹², reconoce que esta misma cláusula (previa modificación de la estructura de la disposición) goza de carácter consuetudinario en lo que respecta a los crímenes de guerra:

en acuerdos internacionales que establezcan tal obligación. Los Estados Unidos consideran, por el contrario, que los Estados sólo asumen esas obligaciones al adherirse a instrumentos jurídicos internacionales vinculantes que contengan disposiciones en materia de extradición o enjuiciamiento y que tales obligaciones sólo se aplican respecto de los demás Estados que sean partes en dichos instrumentos”.

⁹⁸⁷ *Id.* Párr. 50. También de manera indirecta: “Además, las leyes aprobadas para hacer efectivos los tratados internacionales en materia de represión de delitos internacionales graves en los que figura la obligación de extraditar o juzgar contienen las disposiciones necesarias para modificar la Ley de Extradición No. 8 de 1977”.

⁹⁸⁸ CDI, 59º período de sesiones, La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare). Información y observaciones recibidas de los gobiernos, Doc UN A/CN.4/579/Add.3 de 2 de julio de 2007, párr. 3: “Los acuerdos internacionales mencionados en el párrafo 2, que son vinculantes para el Gobierno del Estado de Kuwait, constituyen el derecho vigente en el que se fundan las decisiones de los tribunales y cuyas disposiciones deben aplicarse en todos los asuntos de extradición. Tales convenios contemplan los casos de extradición obligatoria, los supuestos en que no está permitida, los requisitos para que un delito pueda dar lugar a la extradición, las autoridades a quienes es preciso dirigirse en virtud de lo previsto en los acuerdos, en particular para remitir las peticiones de extradición, el modo de presentar dichas peticiones, los criterios de prioridad en caso de peticiones múltiples de extradición por un mismo delito, el modo de imputar y juzgar a la persona cuya extradición se solicita, los derechos de los terceros de buena fe, la circulación por el territorio de las partes de personas extraditadas desde otros países, los costos de la extradición y otras cuestiones relacionadas con esta institución”.

⁹⁸⁹ CDI, 60º período de sesiones, La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare). Información y observaciones recibidas de los gobiernos, Doc UN A/CN.4/599 de 30 de mayo 2008, párr. 40: “La aplicación del párrafo 3 del artículo 12 del Código Penal de la Federación de Rusia está relacionada con la obligación aut dedere aut judicare en la medida en que la Federación de Rusia ejerce su jurisdicción penal de conformidad con el principio de universalidad, sobre la base de un tratado internacional que incorpore ese principio”.

⁹⁹⁰ CDI, 61º período de sesiones, La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare). Información y observaciones recibidas de los gobiernos, Doc UN A/CN.4/612 de 26 de marzo de 2009, párr. 36: “En Canadá, la obligación de extraditar o juzgar se aplica a delitos de jurisdicción universal cuando así se dispone en un tratado, y el Canadá tiene la capacidad de extraditar o juzgar en caso de delitos de jurisdicción universal no basados en un tratado”.

⁹⁹¹ *Id.* Párr. 68: “(...) Sudáfrica no cree que el principio aut dedere aut judicare haya alcanzado un suficiente grado de reconocimiento internacional y aplicación práctica como para ser considerado parte del derecho internacional consuetudinario de modo que, por ahora, su posición jurídica sigue dependiendo de la existencia de un tratado que le sirva de fundamento”.

⁹⁹² CDI, 61º período de sesiones, La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare). Información y observaciones recibidas de los gobiernos, Doc UN A/CN.4/612 de 26 de marzo de 2009, párr. 32: “Por lo que se refiere a los delitos de derecho internacional, Bélgica considera que la obligación de extraditar o juzgar constituye, fundamentalmente, una obligación convencional” y párr. 34: “(...) Sin embargo, para los delitos graves distintos de los delitos de derecho internacional humanitario, sólo existe la obligación alternativa de extraditar o juzgar, y es una obligación puramente convencional”.

“Por todos esos motivos, Bélgica considera que existe una obligación universal de reprimir los delitos de derecho internacional humanitario. Esa obligación es consuetudinaria, habida cuenta de las muchas opiniones concordantes manifestadas por la comunidad internacional al respecto, y adopta la forma de “juzgar o extraditar”, más que la de “extraditar o juzgar”⁹⁹³”.

Se desprende de este análisis que las comunicaciones enviadas a la CDI por parte de los gobiernos, bien sea por su ausencia o por su falta de concreción a la hora de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la obligación, no constituyen una fuente concluyente en el marco de esta investigación. Quede notado aquí que la mayoría de los Estados no citados reconocen la aplicabilidad del *aut dedere aut judicare* mediante la enumeración de los convenios internacionales en los que la misma está contenida y de los que forman parte, hecho que se podría haber interpretado como expresión de la posición acerca de la naturaleza. No obstante, el estándar de rigor jurídico aplicable en un trabajo de estas características nos impide llegar a esta conclusión que resultaría, en contraste con la claridad de las preguntas formuladas por la CDI, cuanto menos, forzada. A pesar de las limitaciones ya expuestas, en la elaboración de este apartado se han intentado respetar los 10 “Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados”, documento elaborado también por la CDI tras 10 años de trabajo y adoptado por la Asamblea General mediante resolución 61/34 de 4 de diciembre de 2006⁹⁹⁴. En línea con la explicación acerca de los criterios utilizados para la clasificación de las declaraciones y comunicaciones en este apartado, el principio número 7 resulta especialmente pertinente:

“Una declaración unilateral entraña obligaciones para el Estado que la ha formulado sólo si se enuncia en términos claros y específicos. En caso de duda en cuanto al alcance de las obligaciones resultantes de una declaración de esta índole, tales obligaciones deberán ser interpretadas restrictivamente. Para interpretar el contenido de esas obligaciones, se tendrá en cuenta ante todo el texto de la declaración, así como su contexto y las circunstancias en que se formuló⁹⁹⁵”.

7.3.2. Legislaciones domésticas

La relevancia de la incorporación de esta cláusula a las legislaciones nacionales como fuente de la costumbre internacional se puso de manifiesto ya

⁹⁹³ *Id.*, párr. 34.

⁹⁹⁴ AG, Sexagésimo primer período de sesiones, Res. 61/34. Doc. NU. A/RES/61/34 (18 de diciembre 2006).

⁹⁹⁵ Los 10 Principios, junto con sus comentarios están disponibles en la página de la CDI. Para un estudio monográfico en profundidad sobre estos principios consúltese el trabajo de la profesora Torres Cazorla: TORRES CAZORLA, M.I., *Los actos unilaterales de los Estados. Un análisis a la luz de la práctica estatal y de la labor de la Comisión de Derecho Internacional*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010.

en la primera aproximación a esta cuestión por parte del primer Relator Especial de la CDI para esta cuestión, Sdzislaw Galicki⁹⁹⁶.

El análisis más reciente de la práctica estatal, conducido por el actual director del Grupo de Trabajo para esta cuestión, Kriangsak Kittichaisaree, revela que, a pesar de que un gran número de Estados han incorporado a su derecho interno el reconocimiento del principio de jurisdicción universal para los más graves crímenes internacionales, sólo unos 25 Estados han implementado la obligación de extraditar o juzgar para varios crímenes⁹⁹⁷.

Desde el punto de vista normativo, y volviendo a la inquebrantable relación entre costumbre y tratado en este ámbito, es preciso aquí recordar que la mayor parte de los tratados analizados en el apartado anterior incorporan, junto a la cláusula *aut dedere aut judicare*, el mandato de adoptar las medidas necesarias para incorporar la misma a la propia legislación interna⁹⁹⁸.

Tratándose de una cláusula procesal, el cumplimiento de la obligación de extraditar o juzgar difícilmente se puede satisfacer mediante la aplicación directa del derecho internacional⁹⁹⁹. En efecto, cuando se habla de

⁹⁹⁶ Comisión de Derecho Internacional, 58º período de sesiones, Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), presentado por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial, 7 de junio de 2006, Doc. NU. A/CN. 4/571, párr. 43.

⁹⁹⁷ Documento de trabajo informal elaborado por Kriangsak Kittichaisaree, Grupo de Trabajo sobre la Obligación de Extraditar o Juzgar (*aut dedere aut judicare*), 5 de abril de 2013, (borrador elaborado por el Director del Grupo de Trabajo).

⁹⁹⁸ El incumplimiento de este mandato constituye una violación de las obligaciones convencionales de los Estados reguladas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Así lo estimó el Comité contra la Tortura en el caso que enfrentó a Suleymane Guengueng, en representación de las víctimas de Hissène Habré en Chad contra Senegal. Comité contra la Tortura, 36º período de sesiones, Comunicación n°181/2001: Senegal. 19/05/2006, CAT/C/36/D/181/2001, párr. 9.5. Véase, para un análisis más detallado el subepígrafe sobre el asunto Hissène Habre, caso paradigmático en este estudio.

⁹⁹⁹ Si bien es cierto que no faltan, en la jurisprudencia de los últimos años, ejemplos de aplicación directa del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. El caso Fujimori, que conoció de las prácticas generalizadas de violaciones de derechos humanos durante el gobierno del Presidente Fujimori entre 1990 y 2000 en Perú, es el caso de referencia en este ámbito. Así, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú, en su sentencia de 7 de abril de 2009 califica los delitos de homicidio y lesiones graves de Barrios Altos y La Cantuta como crímenes contra la humanidad a través de la incorporación directa del derecho internacional consuetudinario. En este fallo, el reconocimiento de la aplicabilidad directa de este sistema normativo se desprende tanto del recurso a instrumentos jurídicos internacionales como de la remisión a la jurisprudencia de tribunales penales internacionales para su definición (Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, Caso Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE, Sala Penal Especial, Expediente n° A.V. 19-2001, Sentencia de 7 de Abril de 2009, párr. 711). Véase CARRILLO SANTARELLI, C. y ESPÓSITO, C., “Los jueces nacionales como garantes de bienes jurídicos humanitarios”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXII-2, 2011, pp. 51-86. Para un visión española, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos estatales: de la aplicación indirecta y directa del derecho internacional por el juez español”, *Foro, Nueva época*, núm. 14, 2011, pp. 167-193. Para una revisión del estado de la cuestión en Estados Unidos, véase KU, J.G., “Customary International Law in State Courts”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, 2001-2002, p. 265. También puede accederse a un análisis de la jurisprudencia referente a la aplicación directa del derecho internacional con un enfoque latinoamericano en la tesis doctoral defendida por Aylín Brizeida Ordoñez Reyna en 2010 en la Universidad Autónoma de

incorporación directa del derecho internacional, generalmente se hace referencia a la aplicación directa del derecho sustantivo por parte de los tribunales domésticos en aplicación, eso sí, de las leyes procesales nacionales. Sin embargo, es precisamente la falta de centralización y homogeneidad en la regulación y aplicación de algunas normas procesales lo que provoca la violación de derechos fundamentales y crea el clima idóneo para que perviva la impunidad¹⁰⁰⁰.

Evidentemente, se dará prioridad al examen de las regulaciones internas que incorporen esta obligación utilizando la fórmula en la Propuesta de Convención (que como hemos visto, coincide con la de muchos convenios), sin perjuicio de que se analicen otras fórmulas más restrictivas que introduzcan obstáculos de cara al efectivo enjuiciamiento del presunto responsable de un crimen de lesa humanidad (ej. Requisito del consentimiento del poder ejecutivo o cualquier elemento que obstaculice la consideración exclusiva de la presencia del sospechoso en el territorio como activador de la cláusula alternativa).

En 2009, en uno de los trabajos monográficos más importantes realizados hasta la fecha sobre la obligación de extraditar o juzgar, Claire Mitchell, tras estudiar el sistema legislativo de 94 países, llega a la conclusión de que solo el 52% de los mismos (49) cuentan con una legislación interna que permita la aplicación extraterritorial de su jurisdicción a un presunto responsable extranjero de un crimen de lesa humanidad que se encuentre en su territorio¹⁰⁰¹.

Barcelona. Este estudio presta particular atención a la casuística en los siguientes países: Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica. ORDOÑEZ REYNA, A.B., *Régimen constitucional de los Tratados Internacionales en Centroamérica*, TU, Dtor: Jaume Vernet I Llobet; tutora: Roser Martínez Quirante, Departamento de Derecho Público y Ciencias Histórico Jurídicas de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2010.

¹⁰⁰⁰ NOLLKAEMPER, A., *National Courts and the International Rule...op cit.*, p. 86. Nollkaemper resume, con una asombrosa capacidad sintetizadora, la problemática de la que venimos hablando: “However, a tension may exist between a state’s obligation to perform international obligations, on one hand, and the freedom to rely on domestic procedural law, on the other. In particular cases, the latter may frustrate the former. Moreover, differences in procedural laws between states will cause different degrees of effectiveness in terms of performance between states”. Tras citar algunos pronunciamientos del TJE en los que se infiere una clara tendencia hacia la homogeneización de la normativa procesal (Caso C-50/00, P Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo de la Unión Europea (2002), ECR I-6677, Caso C-312/93, Peterbroeck c. Estado Belga (1995) ECR I-4599, 15-21), el autor reconoce las limitaciones territoriales de la aplicación de esta jurisprudencia, ante lo cual propone que el derecho internacional dé un paso más y pase a regular, de manera centralizada, algunos principios concretos de derecho procesal. Cita como ejemplo, la Convención de la No Aplicabilidad de Limitaciones Estatutaria a los Crímenes de Guerra y a los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, en virtud de la cual el derecho internacional establece restricciones en el ámbito procesal. En este caso, afirma el iusinternacionalista, la naturaleza internacional de los crímenes impone una restricción internacional en la libertad de aplicación de la normativa procesal doméstica. Véase, para ahondar sobre esta cuestión, CHAVEZ TAFUR, G., “Using International Law to Bypass Domestic Legal Hurdles. On the Applicability of the Statute of Limitations in the Menéndez et al. Case” *JICJ*, vol. 6, 2008, p. 1061, p. 1074.

¹⁰⁰¹ Estos Estados son: Alemania, Argentina, Australia, Azerbayán, Austria, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Burundi, Canadá, Colombia, República Democrática del Congo, Costa Rica, Croacia, Cuba, República Checa, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Etiopía, Finlandia, Filipinas, Honduras, Italia, Líbano, Lituania, Macedonia, Montenegro, Nueva Zelanda, Noruega, Omán, Países Bajos, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal,

El acento debe ponerse aquí en el término “permite”. Si bien es cierto que los resultados obtenidos por Mitchell representan el punto de partida para llevar a cabo esta investigación, el objetivo de la misma, en particular en lo que respecta a este subapartado, es averiguar qué Estados han incorporado a su legislación interna la *obligación* de extraditar o juzgar, y no qué Estados contienen preceptos que *permitirían* el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en supuestos de comisión de crímenes de lesa humanidad¹⁰⁰².

Así, este apartado pretende lograr dos objetivos: identificar a los Estados que han incorporado a su legislación interna la obligación convencional de extraditar o juzgar con respecto a los crímenes de lesa humanidad; y colmar, en la medida de lo posible, la laguna que resulta de la inaccesibilidad a la legislación interna de 98 de los 193 Estados parte en las Naciones Unidas a la que tuvo que enfrentarse la autora del estudio más reciente sobre esta cuestión, la citada Claire Mitchell. Para ello, se acudirá a bases de datos que han sido recientemente creadas¹⁰⁰³ o actualizadas¹⁰⁰⁴.

Rumanía, Serbia, Siria, Sudáfrica, Suecia, Tajikistán, Timor Oriental, Turquía y Venezuela. La autora afirma que de los 192 países que en 2009 eran parte de las Naciones Unidas, había 98 respecto de los cuales no existía suficiente información disponible para poder determinar su posición jurisdiccional respecto de los crímenes de lesa humanidad. Mitchell, C., *Aut Dedere, aut Judicare...* op cit., Anexo 3. Quede aquí referida la utilísima e inspiradora clasificación propuesta por Claire Mitchell sobre los tres métodos tradicionalmente utilizados por los Estados para regular la aplicación extraterritorial de su jurisdicción, posibilitando así el enjuiciamiento de extranjeros por la comisión de graves crímenes internacionales:

a. Legislación doméstica incorporando un tratado o convenio particular. Suele utilizarse por países con sistema jurídico “Common Law”, como el Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda, Canadá o los Estados Unidos.

b. Norma en blanco, generalmente en el Código Penal del Estado, que, sin referirse a un convenio o crimen concreto, articula la jurisdicción extraterritorial o universal para un cierto tipo de crímenes. A veces, en este tipo encontramos remisiones al derecho convencional, otras veces la disposición condiciona el ejercicio de la jurisdicción a que el crimen en cuestión esté castigado con un pena mínima. Otra modalidad de este método es aquella en la que el Estado reclama su jurisdicción sobre cualquier delito perpetrado fuera del territorio del Estado siempre y cuando el sospechoso no sea extraditado. Otra variación de este método consiste en regular la jurisdicción sobre los delitos cometidos por extranjeros fuera del territorio si el delito está prohibido tanto en el Estado de custodia como en el Estado en el que el se cometió.

c. Precepto constitucional que permita la incorporación directa del derecho internacional, convencional o consuetudinario.

¹⁰⁰² Entre otros muchos motivos expuestos a lo largo de esta investigación, quede aquí recordado que la fórmula de la “permisividad” o “capacidad para ejercer jurisdicción” sin el elemento imperativo expone tanto la decisión de la extradición como del enjuiciamiento al peligro de la politización. Así, Mitchell nota que muchos de los Estados que regulan su jurisdicción extraterritorial condicionan, en última instancia, la decisión de su ejercicio a la existencia del consentimiento por parte de la rama ejecutiva del gobierno mediante el Fiscal General. Cita, a modo de ejemplo los siguientes: Australia, Burundi, Canadá, Colombia, República Democrática del Congo, Etiopía, Finlandia, Hungría, India, Israel, Kenia, Nueva Zelanda, Seychelles o Singapur. MITCHELL, C., *Aut Dedere, aut Judicare...* op cit., 1.3. Customary international law, párr. 36.

¹⁰⁰³ Legal Tools Database de la Corte Penal Internacional. Disponible en http://www.legal-tools.org/en/go-to-database/lftfolder/o_3857/#results. Véase apartado “National Implementing Legislation”.

En tanto que el ámbito objetivo de estudio está circunscrito a un crimen respecto del cual no existe un Convenio Internacional aún, el primero de los objetivos queda descartado. De hecho, es precisamente esta situación la que hace que el análisis de la incorporación interna de esta obligación en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad resulte mucho más interesante. Los Estados no están obligados a ello en virtud de una obligación convencional adquirida al ratificar un convenio, con lo cual, en palabras de Mitchell “(...) Domestic legislation that allows the prosecution of extraterritorial crimes against humanity or genocide in lieu of extradition could be evidence that supports the existence of a customary obligation to extradite or prosecute¹⁰⁰⁵”.

Es conveniente, antes de pasar a presentar los resultados, realizar algunas aclaraciones y puntualizaciones sobre el contenido exacto de los datos expuestos a continuación. En primer lugar, en términos numéricos, se ha analizado la legislación penal y procesal penal de 180 Estados. La imposibilidad de acceder directa o indirectamente a los documentos y códigos de los 13 Estados que faltan para llegar a la cifra de los 193 Estados que forman parte de las Naciones Unidas es lo que ha determinado esta limitación¹⁰⁰⁶. En segundo lugar, a pesar de que, como se ha expuesto anteriormente, la aplicación directa de cláusulas procesales contenidas en instrumentos convencionales resulta, aunque no imposible, mucho más complicada que la aplicación del derecho sustantivo mediante esta vía, no ha habido, en algunos de los casos analizados, alternativa

¹⁰⁰⁴ Informe Preliminar de Amnistía Internacional de 2012 sobre el estado de la legislación en el mundo en relación al principio de jurisdicción universal, IOR 53/019/2012; Base de datos actualizada del Comité Internacional de la Cruz Roja para el estudio del derecho internacional humanitario consuetudinario. ICRC, Customary International Humanitarian Law. Se ha acudido principalmente a las referencias contenidas en el análisis de la Regla 157 (Jurisdicción sobre crímenes de guerra) ya que el apartado IV (Legislación Nacional) cita disposiciones frecuentemente aplicables también a los crímenes de lesa humanidad, disponible en http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule157. Algunos de los Proyectos de Ley en este ámbito se han podido consultar en la página de la Coalición por la Corte Penal Internacional, disponible en <http://www.iccnw.org/?mod=romeimplementation&idudctp=8&show=all#8>. También se ha acudido, para consultar los Códigos Penales, Procesales y Constituciones de todos los Estados del mundo a la completísima y pública base de datos de refworld. Disponible en <http://www.refworld.org/type,LEGISLATION,NATLEGBOD,,,o.html>.

¹⁰⁰⁵ MITCHELL, C., *Aut Dedere, aut Judicare...op cit.*, cap. 1.3. Customary international law, párr. 38. Es la propia autora la que subraya la existencia de una laguna en el ámbito del crimen de lesa humanidad e invita a la CDI a colmarla, empresa a la que modestamente se pretende contribuir con este trabajo: “Unfortunately the research is less complete for these crimes (crimes against humanity and genocide), in part because there is no reporting obligation in respect of these crimes as there is for torture and terrorist crimes, meaning that any research is hampered by access to domestic legislation and language difficulties. Perhaps the ILC, in encouraging States to provide information regarding their extra-territorial jurisdiction, may be able to fill in these gaps”.

¹⁰⁰⁶ Se ha optado por trabajar con la lista de Estados parte en Naciones Unidas por cuestiones prácticas, sin que ello deba interpretarse como un gesto de indiferencia o falta de reconocimiento de la dramática y perpetuada existencia de territorios colonizados cuyo derecho a la autodeterminación y al alcance del pleno autogobierno se viene violando desde hace años. Véase la Lista de Estados parte en Naciones Unidas. Disponible en <http://www.un.org/en/members/index.shtml> Consultado el 12/09/2013. En la actualidad, son 17 los territorios incluidos en esta lista oficial de Naciones Unidas. Disponible en <http://www.un.org/en/decolonization/nonselfgovterritories.shtml> Consultado el 12/09/2013.

al reconocimiento de la aplicabilidad del *aut dedere aut judicare* por remisión a las obligaciones derivadas de los convenios ratificados. Recordemos también aquí que toda la discusión presentada a continuación está circunscrita al crimen de lesa humanidad.

A efectos expositivos, se presentarán los resultados atendiendo a la siguiente clasificación:

a. *Estados que incorporan la obligación de extraditar o juzgar en sentido “puro”. Esto es, que la incorporan a sus Códigos Penales, procesales o leyes internas de manera explícita posibilitando su aplicación directa.* Se han identificado 17 componentes de este primer grupo: Afganistán, Alemania, Argentina, Armenia, Azerbayán, Bielorrusia, Camerún, Colombia, Cuba, República Checa, Dinamarca, España, Filipinas, Francia, Suiza, Uruguay y Venezuela¹⁰⁰⁷. Posiblemente Luxemburgo pueda ser incluido también en este grupo. También se ha identificado un Estado que cuentan con disposiciones en la ley interna que positivizan la obligación de extraditar o juzgar pero que no están aún en vigor: Angola.

b. *Estados que incorporan la obligación de extraditar o juzgar mediante remisión a instrumentos convencionales de los que son parte y que, a su vez, reconocen esta cláusula alternativa. En ocasiones encontraremos esta remisión a la aplicación directa del derecho convencional en la propia Constitución.* Entre los Estados que han incorporado esta cláusula alternativa a través de la inclusión en sus leyes domésticas de remisiones a instrumentos convencionales, podemos citar 13 Estados: Bosnia y Herzegovina, Chile, China, Finlandia, Malta, Mónaco, Noruega, Panamá, Perú, Polonia, Qatar, San Marino y Somalia. Hay 6 países a cuya Constitución es necesario acudir para inferir la vigencia de esta cláusula alternativa: Austria, Haití, Malí, Namibia, Swazilandia y Túnez¹⁰⁰⁸.

c. *Estados que incorporan la obligación de juzgar, bien en sentido “puro”, bien mediante remisión al derecho convencional.* Estos Estados están marcados en naranja en el Anexo 1, y suman un total de 11: Brasil, Burundi, Costa Rica, Estonia, Ghana, Guatemala, Honduras, Irán, Lesotho, Mongolia y Paraguay.

d. *Estados que reconocen el alcance extraterritorial de la jurisdicción de sus tribunales, bien mediante ley interna, bien mediante remisión al derecho convencional o derecho internacional general. También incluidos aquí los que incorporan el principio de jurisdicción universal.* De los 180 Estados estudiados, 65 son subsumibles en esta categoría: Australia, Benín, Bolivia, Bulgaria, Burkina Faso, Canadá, Cabo Verde, Chipre, Comoros, Congo, Costa de Marfil, Corea del Sur, Croacia, República Democrática del Congo, República Dominicana, Ecuador, Eslovenia, Eritrea, Etiopía, Fiji, Georgia, Guinea Ecuatorial, Hungría, Iraq, Israel, Italia, Japón, Kazajstán, Kenia, Kirguistán, Laos, Letonia, Liberia, Lituania, Macedonia, Madagascar (jurisdicción universal para tortura), Marruecos, Islas Marshall, Mauricio, México, Moldavia, Montenegro, Mozambique, Nueva Zelanda, Nicaragua, Níger, Países Bajos,

¹⁰⁰⁷ Consúltense el análisis completo de estos resultados en el Anexo 1.

¹⁰⁰⁸ *Id.*

Portugal, Reino Unido¹⁰⁰⁹, Rusia, Ruanda, Samoa, Senegal¹⁰¹⁰, Serbia, Sudáfrica, Suecia, Tajikistán, Timor Oriental, Trinidad y Tobago (jurisdicción universal), Turquía, Turkmenistán, Uganda, Ucrania, Uzbekistán y Vanuatu¹⁰¹¹.

e. *Estados que no reconocen la obligación de extraditar o juzgar o Estados cuya legislación interna no pudo ser analizada por incapacidad de acceder a la fuente en idioma conocido.* En 65 casos, el análisis de la legislación interna evidenció que no se había incorporado ninguna referencia ni a la obligación de extraditar o juzgar ni al alcance extraterritorial de la jurisdicción o ley penal de estos Estados en relación al crimen de lesa humanidad. En esta categoría se incluyen las legislaciones internas que, reconociendo el alcance extraterritorial de la ley penal y la jurisdicción para algunos de los subtipos que podrían conformar el CLH, no han tipificado este crimen internacional: Albania, Arabia Saudita, Argelia, Bahrein, Bangladesh, Bélgica, Belice, Bután, Botswana, Brunei Darussalam, Camboya¹⁰¹², República Centro Africana, Chad, Djibouti, El Salvador, Eslovaquia, Estados Unidos, Gabón, Gambia, Granada, Guinea, Guinea Bissau, Islandia, Irlanda, India, Indonesia, Jamaica, Jordania, Kiribati, Kuwait, Líbano, Liechtenstein, Malasia, Malawi, Maldivas, Mauritania, Micronesia (Estados Federados), Myanmar, Nauru, Nepal, Nigeria, Omán, Paquistán, Palau, Papúa-Nueva Guinea, Rumanía, Santa Lucía, San Vicente y Granadinas, Santo Tomé y Príncipe, Seychelles, Sierra Leona¹⁰¹³, Siria¹⁰¹⁴, Singapur, Suecia, Islas Solomón, Sri Lanka, Sudán del Sur, Surinam, Tailandia, Tanzania, Togo, Tuvalu, Vietnam, Yemen, Zambia y Zimbawe.

Entre las legislaciones inaccesibles, 13 Estados: Andorra, Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Corea del Norte, Dominica, Egipto¹⁰¹⁵, Emiratos Árabes, Grecia, Guyana, Libia, San Cristóbal y Nevis y Tonga.

¹⁰⁰⁹ Aunque con la limitación de que se exige que el presunto autor sea nacional o residente del Estado. Para el análisis de la legislación del Reino Unido se ha contado con la inestimable ayuda de Alexander Shattock, miembro del International Law Bureau, en Londres y Kathryn Hovington, abogada especializada en derecho penal internacional, también miembro del International Law Bureau.

¹⁰¹⁰ La evaluación del reconocimiento legislativo de la obligación de extraditar o juzgar para crímenes internacionales debe realizarse, en el caso de Senegal, conjuntamente con el estudio del proceso para la creación de las Cámaras Extraordinarias Africanas en su territorio con el fin de enjuiciar los crímenes cometidos por el ex dictador chadiano, Hissène Habré, siguiendo el mandato otorgado por la Unión Africana. Véase apartado 8.1.2.3.7 en este mismo capítulo.

¹⁰¹¹ Consúltase el análisis completo de estos resultados en el Anexo 1.

¹⁰¹² Es preciso tener en cuenta la creación de las Cámaras Extraordinarias de Camboya a la hora de analizar el sistema jurídico doméstico para el enjuiciamiento de crímenes internacionales.

¹⁰¹³ Lo mismo ocurre con Sierra Leona, imprescindible consultar el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona.

¹⁰¹⁴ La guerra civil que dura ya dos años en Siria hace difícil extraer conclusiones sobre el derecho penal aplicable en este Estado.

¹⁰¹⁵ En el momento en que se escriben estas líneas (septiembre 2013), Egipto está atravesando un período de revolución e inestabilidad política que impiden acceder a fuentes fiables de las que extraer la legislación vigente.

7.3.3. Jurisprudencia¹⁰¹⁶

Sin perjuicio de la existencia de posturas doctrinales que cuestionan su relevancia¹⁰¹⁷, las sentencias dictadas por los tribunales nacionales en aplicación de este principio constituyen una de las fuentes esenciales a la hora de extraer la naturaleza consuetudinaria de la cláusula que nos ocupa en esta obra.

Los casos que aquí estamos buscando incluyen procesos por crímenes de lesa humanidad contra sus presuntos autores sobre la base de la presencia de los mismos en el territorio de un Estado. La ausencia de un tratado internacional que recoja la cláusula *aut dedere aut judicare* para estos crímenes específicos exige que la aplicación de este mecanismo procesal se apoye en el derecho consuetudinario, de tal forma que los casos aquí presentados pueden contribuir a responder a la pregunta central de esta obra: la naturaleza consuetudinaria de la obligación de extraditar o juzgar en relación a los crímenes de lesa humanidad. Sobra aclarar que no se ha pretendido en este apartado presentar una relación exhaustiva de todos los casos en los que, en el marco sustantivo del crimen de lesa humanidad, los tribunales domésticos han ejercido su jurisdicción sobre la base del *aut dedere aut judicare*, sino que se ha buscado arrojar un poco de luz sobre la casuística existente, abordando los casos más significativos.

Además, los siguientes resultados se presentan teniendo como telón de fondo la reciente y ya analizada sentencia del TIJ en el caso de Alemania c. Italia que introdujo un valor numérico como criterio para determinar la no cristalización de una costumbre internacional.

Para el análisis y presentación de los casos se procederá a una división por continentes¹⁰¹⁸:

África

Etiopía

El 11 de enero de 2007, el Alto Tribunal Federal de Etiopía dicta una sentencia condenatoria contra el Ex Presidente de Etiopía, Mengistu Hailemariam, por la comisión de crímenes de genocidio y de lesa humanidad¹⁰¹⁹

¹⁰¹⁶ Para la elaboración de este apartado se ha contado con la inestimable colaboración del Director del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar de la Comisión de Derecho Internacional, D. Kriangsak Kittichai, que ha facilitado este trabajo mediante el envío de cruciales documentos de debate y artículos de gran relevancia para el estudio del tema.

¹⁰¹⁷ WALT, S., “Why jurisprudence doesn’t matter for customary international law”, *William and Mary Law Review*, vol. 54, 2012-2013, p. 1023.

¹⁰¹⁸ Para la elaboración de este apartado se ha trabajado fundamentalmente con dos bases de datos: **el Legal Tools Project de la CPI y la Domestic Case Law on International Criminal Law Database del Insituto Asser**. Otras bases de datos consultadas incluyen **Prevent Crime International y la base de datos del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre derecho humanitario consuetudinario**.

¹⁰¹⁹ Aunque los asesinatos generalizados y sistemáticos recibieron la calificación de “crimen de lesa humanidad” sino que fueron juzgados como tales. Esta decisión de calificación debe ser

durante los 14 años que dirigió el país (1977-1991). Se trata del primer caso en la historia de África en el que un tribunal nacional africano enjuicia la atrocidades cometidas en el marco de un régimen que ha estado vigente en su propio país en aplicación de su legislación doméstica. El juicio se celebró *in absentia*, en tanto que Mengistu se encontraba exiliado en Zimbawe, que declaró no tener ninguna intención de extraditarlo¹⁰²⁰. Esta sentencia culmina una investigación abierta hace más de 12 años y que desde 1994 ha dado lugar a más de 1018 procesos contra participantes en el “Terror Rojo”¹⁰²¹.

Más que un caso de clara aplicación del *aut dedere aut judicare*, se trata éste de un asunto que invita a la reflexión en relación a ciertas lagunas y desafíos existentes en torno a esta cláusula.

Mengistu fue declarado culpable en un juicio múltiple junto con otros 54 acusados. 25 de ellos fueron condenados *in absentia*, algunos de ellos se refugiaron en la Embajada Italiana, que se niega a extraditarlos por el riesgo de que se enfrenten a la pena capital (aunque en este juicio la condena fue de cadena perpetua, algunos de los condenados ya habían sido sentenciados a pena capital por otra sección del tribunal por otros crímenes). La cuestión que aquí se plantea es la siguiente: a la luz de la denegación de extradición para cumplir condena por parte de Italia, ¿cómo debería proceder este Estado teniendo en cuenta el principio de *non bis in idem*, igualdad soberana de todos los Estados y la obligación de extraditar o juzgar que, al menos en virtud del derecho convencional, vincula a Italia en lo que respecta a genocidios y torturas?

Sudáfrica

En 2012, el Alto Tribunal del Norte de Gauteng (Sudáfrica) dicta una sentencia que, aunque no ha sido objeto de gran atención por parte del mundo académico, supone un antes y un después en el ámbito de la jurisdicción extraterritorial de los tribunales domésticos. Se trata del caso *Southern African Litigation Centre and Another v. National Director of Public Prosecution and Others*¹⁰²², más conocido como el “Zimbabwe Torture Judgment”. En este asunto, el Alto Tribunal afirmó que el Estado estaba obligado a investigar la comisión de crímenes internacionales en virtud del principio de jurisdicción universal

interpretada en el marco de un Código Penal de 1957 que identifica los crímenes de lesa humanidad con el genocidio. Véase el artículo 281. La Corte de Apelación confirmó los cargos y agravó la sentencia, condenando al ex Presidente la pena de muerte, el 26 de mayo de 2008. Véase DUVAL SMITH, A., “Former Ethiopian dictator Mengistu sentenced to death”, *The Independent*, 27 de mayo de 2008. Disponible en <http://www.independent.co.uk/news/world/africa/former-ethiopian-dictator-mengistu-sentenced-to-death-834594.html>, consultado el 21/09/2013.

¹⁰²⁰ GETTLEMAN, J., “Ethiopia’s Ex Dictator Convicted of Genocide”, *New York Times*, 12 de diciembre de 2006. Disponible en <http://www.nytimes.com/2006/12/12/world/africa/12cnd-africa.html>. Consultado el 21/09/2013.

¹⁰²¹ Dada la imposibilidad de acceder a los documentos oficiales del juicio por su falta de publicidad, esta sección se basa en los datos presentados en el siguiente artículo: KEBEDE TIBA, F., “The Mengistu Genocide Trial in Ethiopia”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 513-528.

¹⁰²² *Southern African Litigation Centre and Another v. National Director of Public Prosecution and Others* (2012) ZAGPPHC 61, 8 de mayo de 2012.

recogido en la ley de incorporación doméstica del Estatuto de Roma y como resultado de las obligaciones que se derivan de ser un Estado Parte en este Estatuto, basadas concretamente, en el principio de complementariedad.

En el caso en cuestión, el Centro Sudafricano de Litigación (SALC), ante la inacción de los tribunales de Zimbawe con respecto a las supuestas torturas cometidas por la policía contra más de 100 miembros del partido principal de la oposición tras una detención masiva el 27 de marzo de 2007, decide denunciar los hechos, que considera constitutivos de un crimen de lesa humanidad, ante los tribunales sudafricanos. Seis ministros, jefes de departamentos y miembros de la policía son acusados. El 8 de mayo de 2012, el Juez Fabricius dicta una sentencia en la que afirma que Sudáfrica está obligada a investigar la comisión de crímenes de competencia de la CPI¹⁰²³ y que la presencia del acusado en el territorio sólo es un requisito necesario para iniciar el enjuiciamiento, pudiendo abrirse una investigación sin que concorra esta circunstancia¹⁰²⁴. Se formula así una nueva versión de la obligación de extraditar o juzgar, que se sitúa en un territorio difuso entre la cláusula alternativa y el principio de jurisdicción universal recurriendo, para la elaboración de su estructura, a la reformulación a un instituto fundamental en el derecho penal internacional: el principio de complementariedad que regula las relaciones con la CPI¹⁰²⁵.

Este caso es de gran interés para la presente investigación por varios motivos: en primer lugar, porque presenta una nueva versión de la obligación de extraditar o juzgar mucho más expansiva que se limita a exigir la presencia del acusado para el enjuiciamiento, eliminando el carácter activador de la competencia de este elemento, pero haciendo a la vez referencia a la segunda parte de la cláusula (la extradición), ya que en un principio podría pensarse que la obligación era simplemente la de juzgar. Al exigir la presencia para el enjuiciamiento se introduce necesariamente el segundo componente de esta cláusula alternativa. En segundo lugar, porque se trata de un caso catalizador que ha provocado la apertura de sucesivos procesos como la investigación de la posible responsabilidad del ex Presidente de Madagascar, Marc Ravalomanana, exiliado y residente en Sudáfrica, en los supuestos crímenes de lesa humanidad cometidos durante la crisis política acaecida en este país en el 2009¹⁰²⁶. En

¹⁰²³ *Id.*, párr. 26: “(...) Respondents (South African Authorities) did not discharge their obligations in accordance with South Africa’s international obligations, nor with an appreciation and sound understanding of international customary and criminal law, nor in accordance with the ICC Act, read with the Presidential Proclamation, the SAPS Act and the NPA Act(...)”.

¹⁰²⁴ *Id.*, párr. 31.

¹⁰²⁵ Para un análisis detallado y crítico del recurso al principio de complementariedad en este asunto véase VENTURA, M.J., “Complementarity and universal jurisdiction: South Africa’s International Criminal Court Act and the domestic investigation of extraterritorial international crimes”, War Report 2013, Geneva Academy. Este autor considera que si bien es cierto que, en este caso, Sudáfrica puede tener una obligación de investigar los crímenes de lesa humanidad cometidos en Zimbawe, esta obligación no puede basarse en el Estatuto de Roma o en el principio de complementariedad sino que debe fundamentarse “elsewhere at international law”(pp. 12).

¹⁰²⁶ En este caso, se volvió a justificar la jurisdicción de los tribunales sudafricanos sobre la base de la aplicación de la ley de implementación del Estatuto de Roma. Rakoto y otros c. Director, Directorate for Property Crimes and Others (2012), ZAGPPHC 281, 19 de noviembre

febrero de 2013, el Ministerio Fiscal y la Policía (SAPS) sudafricana abren un segundo procedimiento en Zimbabwe en relación a las supuestas violaciones en masa en tanto que crimen contra la humanidad, perpetradas en este país durante la campaña electoral previa a las elecciones presidenciales de 2008¹⁰²⁷. Con anterioridad, también en Sudáfrica, en el caso S c. Basson, el Tribunal Constitucional había reconocido la existencia de la obligación, derivaba del derecho internacional, de juzgar los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra ¹⁰²⁸. Basson, ex director del programa secreto sudafricano de armas químicas y bacteriológicos, fue acusado de la comisión de 67 crímenes de lesa humanidad cometidos durante el apartheid en 1999. En el años 2002 fue declarado inocente.

Asia

El acceso a la jurisprudencia en el continente asiático ha presentado obstáculos lingüísticos insalvables. Por consiguiente, el análisis de Asia se limitará a aludir a la existencia de varios tribunales internacionales o especiales para conocer de las más graves violaciones de derechos humanos perpetradas en este territorio (Cámara Extraordinaria en las Cortes de Camboya, el Alto Tribunal Penal Iraquí, Tribunal Ad Hoc de Derechos Humanos para Timor Oriental)¹⁰²⁹.

América Latina

Argentina

Previamente a la decisión de la jueza argentina María Servini de Cubría de abrir un proceso contra los presuntos responsables de crímenes de lesa humanidad perpetrados durante la guerra civil española y la dictadura franquista, los tribunales argentinos contaban con poca experiencia en el ámbito de la aplicación de la obligación de extraditar o juzgar, que sólo había

de 2012. Disponible en <http://www.saflii.org/za/cases/ZAGPPHC/2012/> Consultado el 2/11/2013.

¹⁰²⁷ AIDS-Free World, “For Mugabe's Rape Gangs, Time Has Run Out: South Africa to Investigate Zimbabwe’s Politically Motivated Rape, 25 de febrero de 2013. Disponible en <http://www.aidsfreeworld.org/Newsroom/Press-Releases/2013/Zimbabwe-Investigation.aspx>. Consultado el 1/11/2013.

¹⁰²⁸ Corte Constitucional de Sudáfrica, El Estado c. Wouter Basson, caso CCT 30/03, sentencia de 10 de marzo de 2004, párr. 37

¹⁰²⁹ Ídem en relación a territorios para cuyos crímenes se han creados tribunales internacionales ad hoc (TPIY y TPIR).

sido tímidamente desarrollada en algunas opiniones particulares de algunas sentencias¹⁰³⁰.

En la actualidad, se está escribiendo una página nueva de la historia de la justicia penal internacional. Tras dictar una orden de detención internacional contra cuatro presuntos torturadores del franquismo, la magistrada ha solicitado la extradición de funcionarios policiales y de la Guardia Civil en el marco de la causa abierta para juzgar los crímenes del franquismo¹⁰³¹.

A la espera del ver cómo procede este polémico caso, habiéndose analizado algunas de sus características en el capítulo IV, quede aquí simplemente esbozado parte del razonamiento jurídico esgrimido por la jueza argentina en la referida orden de detención, en la que reconoce la emergencia de esta obligación alternativa a través de la cita de un especialista en derecho penal internacional, Hugo Adrián Relva:

(Refiriéndose a la jurisdicción para los crímenes regulados en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad) “Dice Relva que en la actualidad parece advertirse una tendencia creciente a considerar tal ejercicio jurisdiccional como una obligación legal de carácter internacional¹⁰³²”.

Más adelante, aludiendo exclusivamente a los crímenes de lesa humanidad, la jueza afirma que “(...) como sostiene Relva en su artículo, los crímenes de lesa humanidad pertenecen a la categoría de *ius cogens*, constituyen una *obligatio erga omnes* y su represión es inderogable. Los deberes jurídicos que ello acarrea son la obligación de enjuiciar o extraditar (*aut dedere aut judicare*); (...)”¹⁰³³

Chile

En 2004, la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile reconoció, en el caso Sandoval, que una de las consecuencias jurídicas de la comisión de un crimen de desaparición forzada (que puede ser constitutivo de crimen de lesa humanidad) es la “obligación de extraditar o juzgar a los responsables del delito¹⁰³⁴”.

¹⁰³⁰ Véanse los casos Simón, Astiz y Lariz Iriondo, citados Amnistía Internacional, International Law Commission: the obligation to extradite or prosecute (*aut dedere aut judicare*), IOR 40/001/2009, Londres, 2009, p. 23.

¹⁰³¹ DELICADO, A., “Argentina dicta orden de detención internacional contra cuatro torturadores del franquismo”, Público, 18 de septiembre de 2013. Disponible en <http://www.publico.es/469209/argentina-dicta-orden-de-detencion-internacional-contra-cuatro-torturadores-del-franquismo>, consultado el 2/11/2013.

¹⁰³² Juzgado criminal y correccional federal 1, Auto, Causa n° 4.591/2010, “N.”. s/genocidio”, de 18 de septiembre de 2013, pp. 129.

¹⁰³³ *Id.*, p. 140.

¹⁰³⁴ Si bien es cierto que se apoya, para hacer esta afirmación, en la incorporación del delito de Desaparición Forzada como delito internacional en la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas. Quinta Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n° 11.821-2003. Sentencia de 4 de enero de 2004, párr. 39

Tres años más tarde, la Corte Suprema de Chile afirmó, en el caso de la solicitud de extradición del ex Presidente peruano, Alberto Fujimori, acusado de la comisión de crímenes de lesa humanidad, que si bien el artículo 4 del Tratado de Extradición entre Chile y Perú permite a las partes la no extradición de nacionales, en caso de que esto acaezca, el Estado requerido debe procesar al acusado mediante los tribunales domésticos como si el hecho hubiese ocurrido en su territorio¹⁰³⁵.

Perú

La jurisprudencia peruana es también bastante rica en el ámbito del reconocimiento de la obligación de juzgar las más graves violaciones de derechos humanos. Partiendo del hecho que en los casos hallados no es posible encontrar el elemento de la extraterritorialidad (los hechos juzgados han ocurrido en territorio peruano), los razonamientos jurídicos de los tribunales en los sendos casos que han abordado esta cuestión ofrecen elaborados argumentos de los que se puede inferir el reconocimiento de la cláusula alternativa para los crímenes de lesa humanidad. En el caso Jose Luis Crousillat López, el Tribunal Constitucional peruano se pronunció en los siguientes términos:

“Por este motivo, el Tribunal Constitucional ha desarrollado y aplicado en forma permanente una jurisprudencia vinculante que permita a los jueces y fiscales cumplir adecuadamente con sus funciones de investigar las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en el período 1980-2000, a partir de una interpretación de los derechos y las obligaciones estatales previstas en la Constitución de 1993 y los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado peruano. La siguiente relación de sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional así lo confirma: - STC 2488-2002-HC/TC, de 18 de marzo del 2004. Este caso, resuelto por el Pleno del Tribunal, estuvo relacionado con la falta de investigación por parte del Ministerio Público de la desaparición forzada del señor Genaro Villegas Namuche, ocurrida en el año de 1992. -STC 2798-2004-HC/TC, de 9 de diciembre del 2004. Este caso, resuelto por la Sala Primera del Tribunal, estuvo relacionado con el cómputo del plazo de detención del Sr. Gabriel Orlando Vera Navarrete, quien tenía varios procesos penales en su contra, acusado de ejecuciones arbitrarias cometidas como integrante del denominado Grupo Colina, en los sucesos conocidos como “La Cantuta” (1992), “Barrios Altos” (1992), entre otros. - STC 4677-2005-HC/TC, de 12 de agosto del 2005: Caso similar al anterior, resuelto por el Pleno del Tribunal y referido al cómputo del plazo de detención del Sr. Javier Rivero Lazo. - STC 4587-2004-PA/TC, de 29 de noviembre del 2005: Este caso, resuelto por el Pleno del Tribunal, estuvo relacionado con el proceso penal iniciado al Sr. Santiago Martin Rivas por las ejecuciones arbitrarias cometidas como integrante del denominado Grupo Colina, en los sucesos conocidos como “Barrios Altos”. - STC 679-2005-PA/TC, de 2 de marzo del 2007: Este caso, resuelto por el Pleno del Tribunal, también estuvo relacionado con el proceso penal iniciado al Sr. Santiago Martin Rivas por las ejecuciones arbitrarias cometidas como

¹⁰³⁵ Citado en AI, International Law Commission: the obligation to extradite...*op. cit.* nota al pie 60.

integrante del denominado Grupo Colina, en los sucesos conocidos como “Barrios Altos”. - STC 3938-2007-PA/TC, de 5 de noviembre del 2007: Este caso, resuelto por el Pleno del Tribunal, estuvo relacionado con el proceso penal iniciado al Sr. Julio Rolando Salazar Monroe por las ejecuciones arbitrarias cometidas como integrante del denominado Grupo Colina, en los sucesos conocidos como “Barrios Altos”. - STC 01271-2008-PA/TC, de 8 de agosto de 2008. Este caso, resuelto por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, resuelve la demanda de hábeas corpus de José Enrique Crousillat López Torres, donde se reafirma la fuerza vinculante de la jurisdicción universal y de los tribunales internacionales, así como la competencia de los tribunales nacionales en materia de protección judicial de los derechos humanos. 7. A través de esta jurisprudencia, ratificada por el Pleno del Tribunal Constitucional desde el año 2002 hasta la fecha, se han establecido importantes criterios de interpretación de la Constitución relacionados con la investigación y sanción de las violaciones a los derechos humanos, destacando entre ellas el reconocimiento del derecho a la verdad como un derecho fundamental, la precisión sobre la obligación del Estado de investigar los casos de ejecuciones arbitrarias, desapariciones forzadas, torturas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el compromiso del Estado peruano en materia de lucha contra la impunidad, entre otros aspectos de particular importancia¹⁰³⁶”.

América del Norte

Canadá

Canadá ofrece una interesante casuística en el marco del ejercicio extraterritorial de su jurisdicción en relación a los crímenes de lesa humanidad. La primera condena por crímenes de lesa humanidad cometidos por extranjeros presentes en Canadá fuera del territorio de este país, fue la dictada contra Désiré Munyaneza en 29 de octubre de 2009. Munyaneza fue uno de los líderes hutús a la cabeza del genocidio en la región de Butare (Ruanda) y fue condenado a cadena perpetua por la Corte Superior de Quebec¹⁰³⁷. Distinta suerte corrió Jacques Mungwarere, un ex profesor ruandés que vivía en Canadá como refugiado desde 1998. En julio de 2013, la Corte Suprema de Ontario, tras meses de investigación, le absolvió por falta de pruebas. En 2009, Mungwarere había sido acusado de la comisión de crímenes contra la humanidad y genocidio en Ruanda en 1994. Este caso evidencia las insuficiencias de la deslocalización de estos juicios ya que el propio juez, Michel Charbonneau, reconoció que el acusado era probablemente culpable pero que no existían pruebas suficientes para condenarlo¹⁰³⁸. En otro caso, (Mugesera c. Canadá), la Corte Suprema revocó una decisión de la Corte de Apelación que denegaba la extradición de

¹⁰³⁶ Tribunal Constitucional de Perú, Sala o, Sentencia núm. 03173-2008 de 11 de Diciembre de 2008 (Habeas Corpus).

¹⁰³⁷ R c. Munyaneza, 2009 QCCS 4865, Sentencia de 29 de octubre de 2009. Disponible en http://www.asser.nl/default.aspx?site_id=36&level1=15248&level2=&level3=&textid=40044. Consultado el 3/10/2013.

¹⁰³⁸ Canadian Centre for International Justice, Jacques Mungwarere. Disponible aquí, consultado el 2/11/2013. Véase también el comunicado de prensa del Ministerio Fiscal en el que declara que Mungwarere ha sido puesto en libertad. Disponible en http://www.ppsc-sppc.gc.ca/eng/nws-nvs/2013/05_07_13.html. Consultado el 3/10/2013.

León Mugesera a Ruanda. Mugesera es un político hutú acusado de haber dado una conferencia pública en 1992 en la que incitaba a la comisión de crímenes de lesa humanidad y genocidio, y la denegación se basó en que esta acusación era infundada. La revocación permitió que tras años de lucha, en 2005, Mugesera fuera extraditado a Ruanda donde se enfrenta a cargos de genocidio y crímenes de lesa humanidad ¹⁰³⁹. Pero la colaboración canadiense con la justicia internacional no se ha limitado a las atrocidades cometidas en el conflicto de Ruanda. Así, un caso particularmente interesante es el de Michael Seifert, conocido como la “Bestia de Bolzano” que fue condenado *in absentia* en Italia en el año 2000 por asesinatos cometidos cuando era un guardia de la SS en un campo de concentración en Bolzano. Michael vivía en Canadá desde 1951, habiendo obtenido la nacionalidad bajo una falsa identidad. Tras la condena italiana, Canadá reaccionó con contundencia retirándole la nacionalidad y extraditándolo a Italia el 26 de febrero de 2008, donde cumple cadena perpetua¹⁰⁴⁰.

Oceanía

Australia¹⁰⁴¹

En el caso Vasiljkovic c. Commonwealth, Croacia solicitó la extradición de un supuesto responsable de la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad que se encontraba en Australia (gozando además de la ciudadanía de este país) ¹⁰⁴². La extradición fue concedida ¹⁰⁴³ y, aunque no se puede encontrar en la orden de extradición dictada por el Tribunal Supremo Australiano referencia directa a la obligación de extraditar o juzgar, algunos de los razonamientos jurídicos contenidos en esta orden abordan aspectos

¹⁰³⁹ Mugesera c. Canadá (Minister of Citizenship and Immigration), [2005] 2 S.C.R. 100, 2005 SCC 40. Disponible en http://www.asser.nl/default.aspx?site_id=36&level1=15248&level2=&level3=&textid=39960. Consultado el 3/10/2013.

¹⁰⁴⁰ Aunque este caso no refleja la obligación de extraditar o juzgar en sentido estricto porque se trata de una extradición para cumplimiento de condena ya dictada, debe traerse a colación en tanto que evidencia el compromiso de Canadá con la lucha contra la impunidad, en tanto que en cuanto tuvo conocimiento de la presencia del acusado (y condenado) en su territorio le retiró la nacionalidad y aseguró el cumplimiento de la pena impuesta. Para consultar la sentencia del Tribunal de Verona o la Sentencia de la Corte de Apelación de Canadá confirmando la extradición, pínchese aquí. Consultado el 2/11/2013.

¹⁰⁴¹ Conviene recordar que Australia es un país que no reconoce la aplicación directa de los tratados internacionales que ratifica, exigiendo para su validez la incorporación de sus disposiciones a la normativa interna.

¹⁰⁴² Dragan Vasiljkovic está acusado de torturar y asesinar a miembros del ejército bosnio, liderar ataques contra civiles y de varios crímenes contra la Humanidad dirigidos contra la población musulmana en Bosnia-Herzegovina.

¹⁰⁴³ Aunque no se materializó hasta 2012 ya que la necesaria autorización del Ministro del Interior tardó dos años en llegar, lo cual evidencia otro de los problemas ya subrayados de la extradición: el rol del poder ejecutivo en la decisión final. VASEK, L., “Croatia bid for Dragan Vasiljkovic extradition approved”, *The Australian*, 17 de noviembre de 2012. Disponible en <http://www.theaustralian.com.au/national-affairs/croatia-bid-for-dragan-vasiljkovic-extradition-approved/story-fn59niix-1226518481625>. Consultado el 2/11/2013.

fundamentales del efecto que las variaciones en los distintos sistemas jurídicos tienen en la construcción del *aut dedere aut judicare*, en concreto en relación al estándar de prueba requerida para proceder a la extradición:

“Another issue for international treaties and arrangements on extradition is whether a State requesting extradition should be required to furnish to the State in which the fugitive is located some, and if so what, evidence, not only about the nature of the accusations against the fugitive, but also tending to establish his or her guilt. Writing in 1971, Professor Shearer said:

“ A deep and so far unreconciled conflict exists between the Anglo-American attitude to this question and that of most of the rest of the world. Broadly speaking, British Commonwealth and American courts require that a requesting State make out a prima facie case of guilt against an alleged fugitive criminal before they will grant extradition. The weight of the evidence required is the same as would be required by those courts before sending a person accused of the commission of an offence within their own jurisdiction for the trial before a judge and jury. Courts in other countries, by contrast, do not in general concern themselves at all with the strength of the case which the accused will be later called upon to answer; it is enough that the warrant has been regularly issued, identity established and the procedural and substantive stipulations of the treaty fulfilled¹⁰⁴⁴”.

Europa

Alemania

En mayo de 2011, un tribunal en Stuttgart abrió un proceso contra Ignace Murwanashyaka y Straton Musoni, acusados de la comisión de 39 crímenes de guerra y 26 crímenes de lesa humanidad cometidos por los miembros de la FDLR (Forces Démocratiques de Libération du Rwanda), en la parte este del Congo entre 2008 y 2009¹⁰⁴⁵. Aunque los acusados no se encontraban en la República Democrática del Congo cuando se perpetraron estos delitos, su participación se deriva de la dirección ejercida sobre las tropas de la FDLR, a las que daban órdenes mediante una comunicación directa.

Esta investigación y juicio en Alemania se hizo en aplicación de la obligación de extraditar o juzgar, incorporada por ley en 2002¹⁰⁴⁶.

Austria

¹⁰⁴⁴ Vasiljkovic c. Commonwealth (2006), High Court of Australia, 40; 80 ALJR 1399; 228 ALR 447 (3 de agosto de 2006), párr. 9. La solicitud de extradición se realizó sobre la base de la comisión de crímenes de guerra, si bien es cierto que en la sentencia del tribunal croata de 2005, se puede leer que los hechos perpetrados por el acusado constituyen crímenes de lesa humanidad, en violación del derecho internacional. (párr. 129)

¹⁰⁴⁵ “Rwanda: Ignace Murwanashyaka and Straton Musoni tried”, BBC News Africa, 4 de mayo de 2011, Disponible en <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-13275795> Consultado el 2/11/2013.

¹⁰⁴⁶ Human Rights Watch, Germany: Q&A on Trial of Two Rwandan Rebel Leaders, 2 de mayo de 2011. Disponible en http://www.hrw.org/news/2011/05/02/germany-qa-trial-two-rwandan-rebel-leaders#_Toc291850181 Consultado el 1/11/2013.

Los tribunales austriacos también parecen haberse sumado al reconocimiento de facto de la obligación de extraditar o juzgar. En mayo de 2011, Austria recibe una solicitud de extradición de Guatemala para procesar a Javier Figueroa, ex subdirector de investigaciones de la Policía Nacional Civil (PNC) de Guatemala, por las presuntas ejecuciones extrajudiciales de prisioneros in Guatemala entre 2005 and 2006 de acuerdo con un plan elaborado junto con otros responsables. En diciembre de 2011, un tribunal de Oberösterreich, Austria, denegó su extradición sobre la base de que corría el riesgo de ser condenado a muerte. No obstante, el portavoz de la Corte aseguró que Figueroa sería juzgado en Austria por los crímenes supuestamente cometidos en Guatemala, en un claro ejemplo de aplicación del *aut dedere aut judicare* para crímenes de lesa humanidad¹⁰⁴⁷.

Bélgica

Durante algunos años, Bélgica fue considerado el referente mundial del principio de jurisdicción universal ¹⁰⁴⁸. Su aplicación por los tribunales domésticos provocó tensiones en sus relaciones internacionales que determinaron la reforma de su legislación interna para modular este principio¹⁰⁴⁹. La prueba más sólida de la postura que finalmente ha consolidado puede encontrarse en los razonamientos esgrimidos en el caso Bélgica c. Senegal, en el que sostiene la vigencia y aplicabilidad de la obligación de extraditar o juzgar como parte del derecho consuetudinario. Véase análisis del caso en el apartado 8.1.2.3.7 de este mismo capítulo.

España

La práctica española en materia de ejercicio de la jurisdicción extraterritorial es una de las más prolíficas del mundo. Sin embargo, se trata de una casuística no lineal, que se contradice y que se ha visto además condicionada por reformas legislativas.

¹⁰⁴⁷ “Ex sub jefe policial Javier Figueroa será procesado en Austria”, Siglo21, 11 de junio de 2012. Disponible en <http://www.s21.com.gt/caso-pavon/2012/06/11/ex-subjefe-policial-javier-figueroa-sera-procesado-austria>. Consultado el 2/11/2013.

¹⁰⁴⁸ Cítense, entre otros, el caso Butare (genocidio ruandés), caso Yerodia (ex ministro de asuntos exteriores de la República Democrática del Congo acusado de la crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, proceso suspendido en virtud del reconocimiento de la inmunidad diplomática por parte de la CIJ), caso Sharon y Yaron (otro caso que fue suspendido en aplicación de la inmunidad diplomática. En febrero de 2003 la Corte de Casación reconoció que la presencia de los acusados en el territorio no era condición necesaria para iniciar el procedimiento en virtud del principio de jurisdicción universal reconocido en la ley interna, Arrêt de la Cour de cassation, N P.02.1139.F, 12 de febrero de 2003), caso George Bush (denuncia de ciudadanos iraquíes y ONGs por el crimen de guerra cometido durante la Guerra del Golfo consistente en el arrojo de dos bombas sobre civiles la noche del 12 de febrero de 1991), o la apertura de investigaciones contra ex miembros de los Jémeres Rojos en Camboya, el ex ministro marroquí, Driss Basri, el ex Presidente de Irán, Hashemi Rafsanjani, Pinochet, Saddam Hussein, Fidel Castro, Paul Kagame, Laurent Gbagbo y Yasser Arafat. La mayor parte de estos procesos se vieron interrumpidos con la entrada en vigor de la nueva normativa en 2003 que limitaba el ejercicio de la jurisdicción universal en Bélgica.

¹⁰⁴⁹ LANGER, M., *The Diplomacy of Universal Jurisdiction...*, op cit., pp. 53-67.

En este sentido, conviene comenzar por una referencia al caso que sentó las bases para que el principio de jurisdicción universal pasara de la teoría a la práctica: el caso Pinochet. Se trata de un asunto que, por su calibre, por su técnica y por el momento en el que tuvo lugar, se constituyó como un referente en el ámbito de la lucha contra la impunidad en el seno de la comunidad internacional¹⁰⁵⁰. Si bien es cierto que no se trata de un caso de aplicación estricta del *aut dedere aut judicare* porque Pinochet se encontraba en el Reino Unido cuando el juez Garzón solicita desde España su extradición, del razonamiento jurídico de la Audiencia Nacional se puede intuir ya aquí un reconocimiento a la obligación de extraditar o juzgar como incluida en el principio de derecho consuetudinario de protección universal en materia de jurisdicción¹⁰⁵¹.

Otro caso importante del que han conocido los tribunales españoles en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el contexto de la “guerra sucia” argentina es el de Adolfo Scilingo.

La obligación de extraditar o juzgar queda reconocida aquí en términos teleológicos, mediante el análisis de la justificación del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial de los tribunales españoles para enjuiciar crímenes de lesa humanidad cometidos en Argentina en el marco de la “guerra sucia” en los años 70-80. Aunque se habla en términos de “principio de necesaria persecución”, la presencia de los acusados en el territorio español sugiere que a lo que realmente se está haciendo referencia es a la tanta veces mencionada cláusula procesal:

“(…) sin embargo, lo esencial, reiteramos, es que esa persecución internacional, aunque sea complementaria o subsidiaria de la interna inefectiva o inexistente, se produzca, de tal manera que cuando no se ha podido producir,

¹⁰⁵⁰ El asunto Pinochet ha sido ampliamente tratado por la doctrina y un estudio profundo del mismo excede del ámbito de este trabajo. Véase, entre otros, GARCIA ARAN, M., LOPEZ GARRIDO, D., *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal: el caso Pinochet...op cit.*

¹⁰⁵¹ Véase la obra de esta autora, “La obligación de extraditar o juzgar en España...*op cit.*”, p. 77: “(...)conviene, a efectos de identificar apoyos jurisprudenciales a la tan reconocida y con frecuencia teórica aplicabilidad directa del Derecho Internacional consuetudinario en el ámbito de los delitos de *ius cogens*, resaltar algunos de los razonamientos contenidos en el fundamento jurídico duodécimo del Auto de solicitud de extradición de Pinochet de la AN de 3 de noviembre de 1998: “..absolutamente todos los tratadistas reconocen la vigencia directa del principio internacional de protección universal en materia de jurisdicción sobre los delitos de genocidio”. Las líneas reproducidas, al ser esgrimidas por la AN como argumento para justificar la jurisdicción de los tribunales españoles representan un importante precedente de reconocimiento por un lado, de la aplicabilidad directa del Derecho Internacional consuetudinario, sin necesidad de contar con una legislación interna que positivice este contenido y por otro lado, del carácter de *ius cogens* del delito de genocidio. El “principio internacional de protección universal en materia de jurisdicción” es una expresión que puede interpretarse como aglutinadora del *aut dedere aut judicare* como mecanismo que posibilita el cumplimiento de este enunciado. Su aplicación directa por un tribunal como la AN para justificar su competencia, junto al paralelo reconocimiento convencional de la vigencia de este principio (que determina su supremacía sobre un principio de jurisdicción universal de más difícil prueba y aceptación por parte de una comunidad internacional que todavía venera la ficción de la soberanía nacional) y la argumentación doctrinal expuesta, podrían ser indicadores más que determinantes de la naturaleza de Derecho Internacional consuetudinario, y por tanto aplicable, de la obligación de extraditar o juzgar”.

bien sea por inexistencia, o por otra causa de actuación de un tribunal internacional, el principio de necesaria persecución y de posibilidad de persecución internacional de estos delitos sigue indemne, por lo que resulta procedente que en estos casos actúe una jurisdicción nacional en sustitución de la internacional y haciendo funciones de ésta¹⁰⁵²”.

Se trata de un caso importante porque sienta nuevos precedentes: en el mismo, la AN cambia la calificación del delito que había hecho el juez instructor (genocidio, terrorismo y torturas) y condena aplicando el artículo 607 bis, que había entrado recientemente en vigor y que regulaba el crimen de lesa humanidad¹⁰⁵³. La AN sostiene que este cambio no implica violación del principio de legalidad porque los crímenes contra la humanidad ya existían en la costumbre internacional en el momento de la comisión de los hechos pero esta sentencia fue recurrida en casación y el TS apreció una violación del principio de legalidad en la aplicación de una figura no prevista en el Código hasta 2003 y, por tanto, inexistente en el momento de la comisión de los hechos¹⁰⁵⁴.

Sin embargo, el Tribunal Supremo sí reconoció tener competencia para conocer de los crímenes de lesa humanidad. Para justificarlo, defendió la aplicabilidad del principio de jurisdicción universal a los delitos de lesa humanidad por analogía porque son esencialmente idénticos en naturaleza y gravedad a los crímenes de guerra y al genocidio, respecto de los cuales se reconoce este principio¹⁰⁵⁵. La manifiesta contradicción entre la decisión de no aplicar el tipo de crimen de lesa humanidad ni sus penas por respeto al principio de legalidad, mientras que por otro lado, se usaba esta figura de Derecho Penal Internacional para justificar la competencia del TS ha sido expuesto de manera inmejorable por Cristina Fernández-Pacheco en su artículo de análisis jurisprudencial sobre el caso de la represión en Argentina, el que sostiene que la “interpretación mantenida finalmente por el Tribunal Supremo es, en términos de competencia la más difícil de sostener¹⁰⁵⁶”:

“Ni en el momento de la comisión de los hechos, ni tampoco en la actualidad, conforme al artículo 23.4 de la LOPG puede establecerse la existencia de competencia para este tipo de delitos comunes. Así lo constata el Tribunal Supremo que, sin embargo, entiende que “el elemento que justifica la extensión extraterritorial de la jurisdicción de los tribunales españoles es precisamente la concurrencia en los hechos perseguidos de una serie de circunstancias ajenas al

¹⁰⁵² AN, Sala de lo Penal, Sección tercera, Sentencia núm.16/2005 de 19 de abril de 2005, p. 71.

¹⁰⁵³ *Id.*

¹⁰⁵⁴ STS 798/2007 de 1 de octubre, FJ6. El TS no admite la validez de la costumbre internacional como fuente del ordenamiento interno dado que, a su juicio, el Derecho Penal Internacional no es directamente aplicable sin una previa transposición con el Derecho interno.

¹⁰⁵⁵ STS 798/2007 de 1 de octubre, FJ7. La prohibición de analogía que pesa sobre el derecho penal se sortea en tanto que se afirma que la misma no afectaría a normas procesales u orgánicas.

¹⁰⁵⁶ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., “La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal: el caso de la represión en Argentina”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 61, nov. 2008, p. 117.

tipo, pero claramente relevantes a estos efectos en cuanto que son las propias de los crímenes contra la Humanidad según el Derecho Penal Internacional consuetudinario ya en el momento de los hechos, coincidentes básicamente con las contempladas en el artículo 607 bis del CP vigente”. Por lo tanto, se llegó a la aparente contradicción de que no se aplicaran como tales los delitos de lesa humanidad ni sus penas por entender que vulneraba el principio de legalidad, pero que fuera precisamente ese tipo penal del Derecho Penal Internacional la que justificara no sólo la competencia, sino también la imprescriptibilidad de delitos comunes como las detenciones ilegales y el asesinato¹⁰⁵⁷”.

Por otro lado, tanto la AN como posteriormente el TS, reconocen la competencia de los tribunales españoles para conocer de este delito y, aunque basan sus argumentaciones en el principio de jurisdicción universal, lo cierto es que la presencia del acusado en el territorio y el efecto catalizador de la misma en el ámbito de la apertura del proceso, sugiere que si bien podría reconocerse en este momento la vigencia de un principio de jurisdicción en sentido puro, en la práctica, la cláusula que desde luego está comprendida en este principio es la de la obligación de extraditar o juzgar cuando el presunto responsable (de un crimen de lesa humanidad, en este caso) se halla en el territorio del propio Estado.

El caso de Ríos Montt, ex Presidente de Guatemala, también ha generado interesantes pronunciamientos en el ámbito de la aplicación de la obligación de extraditar o juzgar. El origen del caso puede retrotraerse a 1999 cuando Rigoberta Menchú denuncia ante la Audiencia Nacional española a varios ex militares y oficiales por genocidio, torturas, terrorismo, asesinatos y otros crímenes cometidos contra los Indios Mayas entre 1978 y 1986.

En este caso, el Alto Tribunal revoca una sentencia del TS que niega la competencia de los Tribunales españoles para conocer de un delito de genocidio acaecido en Guatemala, que aparentemente carece de vínculo alguno con España. La argumentación utilizada por el TC representa uno de los precedentes más importantes en el ámbito de la jurisdicción española en tanto que fundamenta la competencia del órgano español a través del reconocimiento de la vigencia del Derecho Internacional consuetudinario, al que otorga un carácter prioritario en el ámbito de las violaciones enjuiciadas:

“En efecto, dicha falta de autorización que el Tribunal Supremo halla en el Convenio sobre genocidio para la activación de la jurisdicción internacional de modo unilateral por un Estado no se aviene con el principio de persecución universal y de evitación de la impunidad de tal crimen de Derecho Internacional, que, como ha sido afirmado, preside el espíritu del Convenio y que forma parte del Derecho consuetudinario internacional (e incluso del *ius cogens*, según ha venido manifestando la mejor doctrina) sino que, antes bien, entra en franca colisión con él¹⁰⁵⁸”.

A pesar de que en este caso concreto se discute la procedencia de aplicar el principio de jurisdicción universal a un supuesto de genocidio, el valor del

¹⁰⁵⁷*Id.*

¹⁰⁵⁸ STC 237/2005 de 26 de septiembre, Sala II del Tribunal Constitucional, FJ 5.

razonamiento jurídico que subyace a la motivación del Tribunal para justificar la competencia de los tribunales españoles deberá tenerse presente también cuando se intente defender la cristalización y vigencia del *aut dedere aut judicare* en relación con los delitos que, como el genocidio, han sido catalogados por el Derecho Internacional consuetudinario como violaciones de *ius cogens*. Estando este último principio englobado dentro del principio de jurisdicción universal, la relevancia de la afirmación de la vigencia del mismo que se lleva a cabo en esta sentencia es más que evidente.

“La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las víctimas concretas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 87/2000, de 27 de marzo [RTC 2000, 87], F. 4), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en intereses estatales particulares, tal como muestran el propio art. 23.4 LOPJ, la citada Ley alemana de 2002 o, por abundar en ejemplos, la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005 en la que, después de poner de manifiesto el ya mencionado compromiso de todos los Estados, se define la jurisdicción universal en materia penal como «la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional¹⁰⁵⁹”.

Tras recibir la solicitud de extradición, la Corte Constitucional de Guatemala decidió denegarla sobre la base de que España no podía ejercer la jurisdicción universal en este caso. La Corte de Constitucionalidad señaló, entre los fundamentos de su decisión, que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no contemplaba el ejercicio de la jurisdicción universal por un tercer Estado, sin que mediara consentimiento previo del Estado del territorio, en este caso, Guatemala. Sin embargo, en la sentencia se reconoce la obligación de extraditar o juzgar. La Corte reitera en tres oportunidades que Guatemala tiene esta obligación. La afirmación de la Corte no parece basada en ninguna disposición convencional y no se cita en ningún tratado como fundamento. La Corte se refiere a la obligación simplemente como una regla u obligación¹⁰⁶⁰. Los hechos confirmaron estas declaraciones ya que el desenlace

¹⁰⁵⁹ STC 237/2005 de 26 de septiembre, Sala II del Tribunal Constitucional, FJ 9.

¹⁰⁶⁰ Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Expediente nº 3380-2007, Apelación de sentencia de amparo, 12 de diciembre de 2007: “Si bien la jurisdicción del Estado guatemalteco no puede reconocer como viable la solicitud de extradición de ciudadanos de este país, no sólo por no autorizarlo el Tratado correspondiente sino por no permitirlo el Artículo 27, párrafo tercero de la Constitución Política de la República de Guatemala, en aquellos casos en que existe indudable vinculación con delitos políticos, quedaría a salvo la facultad de la parte interesada de promover la denuncia ante el Ministerio Público para que inicie la persecución por

de este caso terminó con una sentencia del 10 de mayo de 2013 que condenaba al Ex Presidente, Efraín Ríos Montt a 80 años de prisión por genocidio y crímenes de lesa humanidad dictada por el Tribunal de Sentencia Primero A de Mayor Riesgo de Guatemala. Esta sentencia ha sido anulada sorprendentemente por el Tribunal Constitucional por lo que en estos momentos la comunidad internacional está pendiente de la repetición de este juicio¹⁰⁶¹.

Por último, en 2008, la AN se vuelve a pronunciar sobre la obligación de extraditar o juzgar con motivo de la solicitud de extradición de la ex Presidenta de Argentina, María Estela Martínez de Perón (“Isabelita Perón”) solicitada por Argentina. La ex mandataria estaba acusada de la comisión de crímenes de lesa humanidad. En este caso, conocido como el asunto Martínez de Perón, la AN, tras denegar la solicitud de extradición por la presunta comisión de desapariciones forzadas y torturas entre 1974 y 1976, reconoció que

“si se opta por la denegación de la extradición¹⁰⁶² por esta causa, el Estado requerido asume la obligación de juzgar en su territorio al reclamado, a petición de la Parte requirente (*aut dedere aut punire*)¹⁰⁶³”.

El caso Tíbet, en el que no se profundizará aquí para evitar repetir en el análisis contenido en el apartado 6.1.1.3 del capítulo 6, contiene un elemento particularmente interesante de cara la construcción de la cláusula. Así, en la sentencia del TS, el Alto Tribunal reconoce que “Ciertamente, la inactividad del Juzgado de Instrucción y de la Sala *a quo* ha vulnerado el art. 273 LECr., dado que la presencia en el territorio nacional hubiera justificado sin más, y por aplicación de nuestra jurisprudencia (ver STS 327/2003), la jurisdicción de nuestros tribunales, toda vez que la presencia en el territorio de los querellados hubiera tenido un punto de conexión idóneo que hubiera permitido la intervención en el caso. Sin embargo, actualmente esas personas ya se encontrarían fuera de España, lo que determina la pérdida del objeto del presente motivo, dado que carece de practicabilidad que esta Sala ordene dar cumplimiento a una medida que no puede ser ejecutada por razones materiales.”

los delitos que pudieran resultar y, en tal caso basado en la regla *aut dedere aut judicare*, es indudable que sería obligación del Estado requerido cumplir con su función esencial de impartir justicia” (pp.26). Y: “En cuanto a la jurisdicción interna española con alcances extraterritoriales, por motivo de tutela de la personalidad o nacionalidad, no es viable admitirla en cuanto el Tratado de Extradición no la obliga forzosamente, sin necesidad de abundar acerca de la conexidad con la prohibición del párrafo tercero del artículo 27 de la Constitución Política de la República de Guatemala. No obstante, como se ha manifestado, nada impediría la aplicación de la regla *aut dedere aut judicare*, que la parte interesada o el Ministerio Público de Guatemala pudiesen invocar” (p. 29).

¹⁰⁶¹ DE PABLO, O. y ZURITA, J., “Las heridas de Guatemala”, El País, 15 de abril de 2013 y FIDH, Anulación de la condena al general Ríos Montt: la FIDH solicita a la Corte de Constitucionalidad de Guatemala reformar su decisión, 9 de agosto de 2013.

¹⁰⁶² Corregido del original (“extracción”).

¹⁰⁶³ Audiencia Nacional, JCI, Sala de lo Penal, Sección 2ª, Auto núm. 8/2008, Rollo de la Sala 12/2007, 28 de abril de 2008, FJ 4.

Francia

En el caso Javor, el Tribunal de Casación francés rechaza la apertura de un procedimiento contra los presuntos responsables de crímenes de torturas, genocidio y crímenes de lesa humanidad sobre la base de que los acusados no se encontraban en Francia. Aunque regulado en términos dispositivos (“los tribunales franceses podrán enjuiciar si encuentran a los acusados en su territorio”), se podría inferir de la formulación de este reconocimiento y de la referencia al Estatuto de la Antigua Yugoslavia una alusión al *aut dedere aut judicare* en relación a los crímenes de lesa humanidad:

“(…) que les juridictions françaises ne peuvent poursuivre et juger, que s'ils sont trouvés en France, les auteurs ou complices de crimes ou délits définis par la loi française qui constituent, au sens des articles 2 à 5 du statut du tribunal international, des infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949, des violations des lois ou coutumes de la guerre, un génocide ou des crimes contre l'humanité¹⁰⁶⁴”.

En 2006, un tribunal francés abrió un proceso por el derribo del avión en el que falleció el Presidente Juvenal Habyarimana en 1994 y que desencadenó el genocidio ruandés, contra nueve militares ruandeses, incluido el actual Presidente de Ruanda, Paul Kagamé. Este procedimiento ha suscitado críticas por parte de Ruanda¹⁰⁶⁵, provocando una fuerte tensión entre ambos Estados. Las relaciones parecen haberse retomado con normalidad sin que, por otro lado, haya constancia de que el proceso haya sido cerrado en los tribunales¹⁰⁶⁶.

En el caso Disparus de Beach, la Corte de Casación confirma la vigencia de la obligación de extraditar o juzgar en relación a la tortura, exigiendo, para su activación, la presencia del acusado en el territorio, si bien es cierto que lo hace en aplicación de la cláusula incorporada al Código Procesal Penal en virtud de la Convención contra la Tortura¹⁰⁶⁷.

Suecia

¹⁰⁶⁴ Cour de Cassation, Chambre Criminelle de 26 de marzo de 1996, 95-81.527, “Caso Javor”.

¹⁰⁶⁵ Observaciones de Ruanda sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010) “In 2006, a French judge issued arrest warrants for nine Rwandan officials, including President Paul Kagame, linking them to the killing of Rwanda's former president, whose plane crashed down in 1994. This was an odd indictment by any legal standard let alone international standards. The judge did not consider alternative theories, did not visit Rwanda, did not conduct any investigation of his own, concocted evidence later denied by his own witnesses, used evidence of genocide fugitives, etc; very clear abuses of the Principle of Universal Jurisdiction. Yet it served the political goal of painting Rwanda Government in very negative terms. In the meantime, France was harboring a large number of very famous genocidaires. Instead of using Universal Jurisdiction to try these genocide fugitives, all of whom were subject of international Arrest Warrants, the judge chooses to indict the leadership of Rwanda”.

¹⁰⁶⁶ SUNDARAM, A., “On visit to Rwanda, Sarkozy Admits “Grave Errors” in 1994 Genocide”, The New York Times, 25 de febrero de 2010. Disponible en http://www.nytimes.com/2010/02/26/world/europe/26france.html?_r=0 Consultado el 21/09/2013.

¹⁰⁶⁷ Caso Disparus de Beach, Cour de Cassation, Chambre Criminelle, Arrêt n° 7513 de 10 de enero de 2007, consultado el 21/09/2013.

El caso de Sylvère Ahorugeze, ex director de la Autoridad de Aviación Civil de Ruanda y acusado de la comisión de crímenes de lesa humanidad y genocidio también refleja, indirectamente, el compromiso de Suecia con la erradicación de la impunidad en el ámbito de los más graves crímenes internacionales. Así, tras un largo proceso minado por las reiteradas alegaciones de potencial violación de los derechos humanos del acusado en caso de ser extraditado a Ruanda y previa sentencia del TEDH de 4 de junio de 2012 afirmando que la legislación ruandesa cumplía con los estándares exigidos por la Convención Europea de Derechos Humanos, Suecia procede a la extradición¹⁰⁶⁸.

Suiza

Los tribunales suizos también han reconocido la vigencia del *aut dedere aut judicare* cuando hallan en su territorio a presuntos responsables de crímenes de lesa humanidad. Así, en el caso del Ex Ministro de Medio Ambiente ruandés, *Gaspard Ruhumuliza*, acusado en su país de haber cometido delitos de genocidio y crímenes de lesa humanidad, Ruanda, tras ver denegada su solicitud de extradición de 5 de agosto de 2008 por los posibles riesgos de violación de derechos humanos en este país, recibía el 29 de junio de 2009 una nota diplomática del Gobierno suizo en la que le reconocía a Ruanda el derecho a solicitar el enjuiciamiento de Ruhumuliza en Suiza, previo envío de una detallada descripción de los crímenes que se le imputan y pruebas de cargo lo suficientemente sólidas para sostener la acusación¹⁰⁶⁹. Esta solicitud no fue satisfecha ya que el 2 de octubre de 2012 el juez encargado del proceso decidió cerrarlo por falta de pruebas¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁸ Consúltese aquí la decisión de la Corte Suprema de Suecia.

¹⁰⁶⁹ Office fédéral de la justice, Communiqués, OFJ, 30.06.2009, «La Suisse refuse d'extrader un Rwandais : Le Rwanda peut présenter à la Suisse une demande de délégation de la poursuite pénale»; The Sunday Times (Kigali, 5 Jul. 2009); and Edwin Musoni, 'Rwanda : Genocide Suspect on Swiss Government Welfare Scheme' The New Times (Rwanda, 13 Jun. 2012).

¹⁰⁷⁰ Track Impunity Always. Disponible en <http://www.trial-ch.org/en/resources/trial-watch/trial-watch/profiles/profile/3872/action/show/controller/Profile/tab/legal-procedure.html>. Consultado el 2/11/2013.

CONCLUSIONES

La primera parte de esta obra ha puesto de manifiesto que la insuficiente coordinación y armonización en el ámbito procesal penal internacional generan importantes lagunas jurídicas que resultan, por un lado, en violaciones graves de derechos humanos y por otro, en la institucionalización de la impunidad. Son varios los motivos que hacen que abordar esta laguna en relación al crimen de lesa humanidad sea una cuestión urgente. Entre ellos, pueden destacarse la extrema atrocidad de los actos que lo componen y la flexibilidad y el dinamismo de este tipo penal, características que hacen de la misma un tipo idóneo para dar respuestas a la “transformación del mal”.

En este contexto, la obligación de extraditar o juzgar se presenta como una herramienta con un gran potencial para enfrentarse a estos desafíos. El principio de complementariedad que rige la jurisdicción de la Corte Penal Internacional reconoce las limitaciones de este órgano para conocer de todos los casos de graves crímenes internacionales que se cometen el mundo. En efecto, la necesidad de que el emergente papel de los tribunales penales domésticos en la represión de estas atrocidades se consolide, se hace cada vez más evidente. En este marco, frente a un principio de jurisdicción universal atrofiado, en regresión y limitado en la práctica por la *Realpolitik*, los rasgos definitorios de la obligación de extraditar o juzgar, la convierten en un instrumento mucho mejor equipado para colmar las referidas lagunas jurídicas. Destacan así, su naturaleza obligatoria y el carácter objetivo de su principio activador: la presencia del sospechoso en el territorio de un Estado.

Si bien es cierto que, como se desprende de este trabajo, no existe consenso universal sobre el contenido exacto de la cláusula *aut dedere aut judicare*, esto no representa un obstáculo para su aplicación práctica. En efecto, desde su primera incorporación a un instrumento convencional en 1929, a través del Convenio de Ginebra para la Represión de la Falsificación de la Moneda, se han detectado variaciones en las fórmulas utilizadas en los distintos tratados. No obstante, puede afirmarse que, en términos generales, es la fórmula contenida en el Convenio de la Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970, la que a partir de este momento se ha utilizado como modelo en los tratados internacionales y regionales dirigidos a la represión de las más graves violaciones de derechos humanos. Tras la Segunda Guerra Mundial, el sistema de relaciones internacionales y por ende, también la figura de la extradición, experimenta una transformación promovida por el reconocimiento de los derechos humanos. Así, el individuo deja de ser el objeto en el proceso de extradición para pasar a ser sujeto, con derechos ejercitables. La fórmula contenida en este Convenio refleja esta evolución, que se ve reforzada por el entramado convencional internacional de protección de los derechos humanos vigente, que subyace a la aplicación de cualquier tratado internacional. Reflejo de ello es la consolidación de la excepción a la extradición cuando existe riesgo de violación de los derechos humanos. En cuanto al carácter abierto de la obligación de extraditar o juzgar y la inexistencia de una jerarquía fija entre las dos opciones que la conforman, es posible afirmar que se trata de una característica que permite su adaptación a las heterogéneas circunstancias a las que es aplicable. Sin perjuicio de la existencia de razones en virtud de las cuales la extradición puede perfilarse como la alternativa más lógica en determinados

casos, las numerosas variables que en cada caso hacen que resulte más adecuado optar por una u otra alternativa, nos lleva a concluir que, al menos en lo que respecta a los más graves crímenes internacionales, la decisión sobre si extraditar o juzgar debe tomarse, como tantas veces en derecho, en función del caso concreto.

La presente investigación ha permitido también confirmar la naturaleza convencional de la obligación de extraditar o juzgar en relación a los crímenes de lesa humanidad atendiendo a un criterio de clasificación propuesto en este trabajo. Así, se han distinguido, por un lado, los instrumentos internacionales y regionales que, teniendo por objeto la regulación de algún subtipo de crimen de lesa humanidad, incorporen la cláusula en sentido estricto; y por otro, los instrumentos internacionales y regionales reguladores de subcategorías de crímenes contra la humanidad que no incorporen la referida cláusula. Sin dejar de reconocer que los instrumentos subsumibles en el primer grupo cubren sólo algunos de los tipos a través de los cuales se perpetran los crímenes de lesa humanidad, de su alto índice de participación podemos inferir que, al menos en lo que respecta a la trata de personas, la tortura y las desapariciones forzadas, la cláusula objeto de estudio se ha consolidado como una obligación convencional.

Tras constatar la naturaleza convencional de la referida cláusula procesal, esta monografía se aborda la cuestión de su naturaleza consuetudinaria. Para su examen, se siguen las recomendaciones metodológicas del Relator Especial y del Grupo de Trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar de la Comisión de Derecho Internacional, y se intenta averiguar si es posible establecer su naturaleza consuetudinaria mediante el análisis de las siguientes fuentes de la costumbre internacional: la ratificación de tratados, las resoluciones de los organismos internacionales, las sentencias de los tribunales internacionales, las manifestaciones de los Estados y la legislación y jurisprudencia doméstica.

Los resultados de este análisis incluyen la constatación de un alto índice de ratificación de instrumentos convencionales al que ya se ha hecho alusión, y al que se añade un constante reconocimiento de la obligación en las resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como en los documentos que, como el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, se han adoptado en el seno de esta organización con el fin de castigar y prevenir los más graves crímenes internacionales. A ello debe sumarse la reciente tendencia a condenar la impunidad y exigir respuestas penales ante las atrocidades que, en los últimos años, se ha consolidado con fuerza en las declaraciones de las Naciones Unidas y a la que se ha hecho referencia en el capítulo IV.

Por otro lado, los pronunciamientos del Tribunal Internacional de Justicia han constituido una fuente fundamental a la hora de abordar la pregunta de investigación. En efecto, de los razonamientos jurídicos esgrimidos en algunas de sus sentencias y opiniones consultivas se han extraído conclusiones fundamentales a la hora de abordar la posible construcción de la naturaleza consuetudinaria de la obligación. Entre aquellos pronunciamientos que han ofrecido directrices para la identificación de la costumbre internacional, cabe destacar el caso *Lotus*, los casos relativos a la Plataforma Continental del Mar del Norte, la cuestión de la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares y el reciente caso sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados que ha

enfrentado a Italia con Alemania. Por otro lado, se analizan también aquellos pronunciamientos que, como en el caso del asunto Lockerbie o el caso Hissène Habré, abordan de manera específica la naturaleza y aplicabilidad de la obligación de extraditar o juzgar. A lo largo de la investigación, se han ido realizando algunas valoraciones que es preciso, en este último apartado, rectificar o al menos replantear. Así, en relación a la calificación de la sentencia del TIJ en el caso Habré como “decepcionante”, es de justicia, a la luz de las conclusiones presentadas, reconocer que quizás la decisión del Tribunal de eludir pronunciarse sobre la aplicabilidad de la obligación de extraditar o juzgar para los crímenes de lesa humanidad en tanto que obligación consuetudinaria, fue un sabio ejercicio de previsión. Presumiblemente, el TIJ estimó que la potencialidad de esta emergente herramienta se vería mermada y obstaculizada con un pronunciamiento que en estos momentos no podía ser sino denegatorio del carácter de costumbre internacional de la referida cláusula, por no existir aún pruebas suficientemente concluyentes de su naturaleza consuetudinaria. De hecho, una lectura más positiva de la sentencia exige reconocer que la introducción de un límite temporal en la configuración del *aut dedere aut judicare* representa un gran avance y un triunfo para la protección y realización efectiva de los derechos humanos.

Con el examen de la legislación penal y procesal doméstica de 180 Estados de los 193 que forman parte de las Naciones Unidas, se ha perseguido llenar un vacío existente tanto en las aproximaciones doctrinales a esta cuestión como en los análisis contenidos en los informes del Grupo de Trabajo sobre la obligación alternativa. Se ha constatado que suman 17 los Estados que, en relación al crimen de lesa humanidad, incorporan la obligación de extraditar o juzgar en sentido puro mientras que 13 lo hacen mediante remisión al derecho convencional. En 11 Estados, la legislación interna se limita a reconocer la obligación de juzgar, sin aludir al segundo componente de la cláusula. El grupo más grande está compuesto por los 65 Estados que reconocen el alcance extraterritorial de su legislación interna, incluyéndose aquí aquellos Estados que han incorporado a sus leyes el principio de jurisdicción universal. En 13 casos, tal y como se detalla en el Anexo I, no fue posible acceder a la legislación nacional.

Por último, es imprescindible destacar aquí que la aplicación de la cláusula procesal objeto de estudio por parte de los tribunales nacionales es, en ausencia de un tratado internacional para la represión de crímenes de lesa humanidad que la incorpore, una fuente de inigualable valor de cara a responder a la pregunta principal de este trabajo. Tomando como referencia los criterios numéricos propuestos por el TIJ en el asunto de las inmunidades del Estado para inferir la cristalización de una costumbre internacional, se han presentado en este trabajo más de una docena de ejemplos de ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal por parte de tribunales de los cinco continentes, sobre la base de la presencia del acusado en el territorio del Estado.

En este estado de cosas, la Propuesta de Convención Internacional para la Prevención y la Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad aparece en un momento clave. En efecto, a la luz del análisis llevado a cabo en esta investigación y de las conclusiones presentadas hasta el momento, es posible afirmar que, en caso de ser adoptado, estaríamos ante un Tratado multilateral de codificación que declararía el derecho consuetudinario existente. De ser así,

la entrada en vigor de esta Convención representaría un avance sin precedentes en dos sentidos. Por un lado, contribuiría a la eliminación de una laguna que sigue permitiendo que, a día de hoy, los responsables de las más graves atrocidades queden impunes y por otro, potenciaría la armonización procesal internacional a través de la adopción de una definición consensuada de la obligación de extraditar o juzgar, con el consiguiente efecto sobre el respeto del estándar mínimo de derechos de seguridad jurídica cuyo núcleo común, tal y como se ha evidenciado en el capítulo I, es perfectamente identificable. Todo ello se llevaría a cabo a través de la promoción del papel de los tribunales nacionales, favoreciendo así también la efectividad del principio de complementariedad sobre el que se funda la justicia penal internacional.

Con todo, a pesar del gran potencial del *aut dedere aut judicare*, es de rigor hacer referencia aquí a los principales desafíos a los que se enfrenta su aplicación práctica. En primer lugar, se ha de tener en cuenta el coste económico de llevar a cabo un proceso penal por un crimen de lesa humanidad. Es preciso afrontar con realismo las capacidades económicas de los Estados para evitar que, tras serle reconocido carácter de costumbre internacional, la obligación de extraditar o juzgar se convierta en papel mojado. En el estudiado caso de Hissène Habré, Senegal esgrimió argumentos de naturaleza económica para justificar su incapacidad de llevar a cabo el enjuiciamiento del ex dictador. En este asunto, en tanto que existía una solicitud de extradición por parte de Bélgica, no estaríamos ante un problema de laguna de impunidad creada por la situación financiera del país pero, ¿y si el presunto responsable se refugia en un país insolvente sin capacidad para llevar a cabo el juicio y ningún otro Estado solicita su extradición? Es necesario pensar en un fondo internacional que ofrezca una salida a este tipo de situaciones, estableciendo unos requisitos muy estrictos al respecto.

Por otro lado, la aplicación eficaz de la obligación exige, desde el punto de vista práctico, esfuerzos más efectivos de cooperación penal regional e internacional. En este sentido, comienzan a surgir interesantes propuestas en ambos niveles. Entre ellas, cabe destacar la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IBERRED) y la propuesta de Proyecto de Convenio para transformar las Notificaciones Rojas de INTERPOL en obligatorias, presentada en el Congreso de Hanói de 2011. Esfuerzos que alcanzarían resultados aún más notables si se combinasen con la redefinición del principio de complementariedad propuesta por Burke-White, en virtud del cual, la CPI asumiría un papel más activo en la promoción del ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales nacionales, reinterpretación que bautiza como “complementariedad proactiva”.

Llegados a este punto y a la luz de una conclusiones que apuntan claramente hacia una emergente obligación de extraditar o juzgar en relación al crimen de lesa humanidad, aún resulta necesario un esfuerzo por parte de la comunidad internacional. Es imprescindible que el mundo académico, el poder judicial y los representantes políticos de los Estados colaboren para sentar las bases de lo que puede consolidarse como el sistema judicial capaz de erradicar la impunidad en el ámbito de los más graves crímenes internacionales. Al colocar a los tribunales domésticos en el centro de este sistema, es preciso buscar una respuesta satisfactoria y legitimadora a la pregunta que surgirá casi de manera automática: ¿qué órgano estará encargado de controlar que las investigaciones y

jucios que desarrollen los tribunales nacionales en aplicación de esta cláusula respeten los estándares internacionales de derechos humanos? En otras palabras, la cristalización de esta cláusula como derecho consuetudinario nos remite a un viejo y conocido interrogante en el mundo jurídico: ¿quién controlará al controlador?

ANEXO 1. LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR EN LA LEGISLACIÓN DOMÉSTICA

Tabla 1. La obligación de extraditar o juzgar por CLH o crímenes internacionales en la legislación doméstica

PAÍS	OEJ	ACLARACIONES
Afganistán	Si	
Albania	No	No encontrado ni en el CPe ni en el CProcP (artículo 74 define el CLH).
Alemania	Si	
Argelia	No	No se han encontrado referencias en el CP, ni en CProcP.
Andorra		No se ha podido acceder al CPe ni CProcP.
Angola	Si	En el Anteproyecto de CPe de 2006 que aún no está en vigor.
Antigua Barbuda		No se ha podido acceder al Cpe ni CprocP.
Arabia Saudita	No	No lo incorpora.
Argentina	Si	
Armenia	Si	
Australia	No	Reconoce aplicación extraterritorial de ley penal pero no la OEJ.
Austria	No	
Azerbaiyán	Si	
Bahamas		No se ha podido acceder al CPe ni CprocP.
Bahrein	No	
Bangladesh	No	
Barbados		No se ha podido acceder al CPe ni CprocP
Bielorrusia	Si	
Bélgica	No	
Belice	No	No hay referencia al CLH en el CPe ni la OEJ.
Benín	No	Reconocimiento de la jurisdicción extraterritorial pero no de la OEJ.
Bután	No	
Bolivia	No	Se reconoce la jurisdicción extraterritorial por remisión al derecho convencional. Proyecto de ley reconoce el alcance extraterritorial de la ley penal a los crímenes internacionales.
Bosnia Herzegovina	Sí	Se reconoce con referencia a las obligaciones derivadas del DI y convencional.
Botswana	No	No se han encontrado referencias al CLH ni a su jurisdicción ni en el CPe (1964) ni en el CProcP.
Brasil		Obligación de juzgar por remisión a tratado.
Brunei Darussalam	No	No se encuentran referencias al CLH ni a su jurisdicción ni en el CPe ni en el CprocP.
Bulgaria	No	Se limita a reconocer la aplicación extraterritorial del derecho penal búlgaro a los crímenes internacionales.
Burkina Faso	No	Reconocimiento de la jurisdicción extraterritorial pero no de la OEJ.
Burundi		Obligación de juzgar.
Camboya	No	Analizar junto con Estatuto del CECC.

Camerún	Sí	
Canadá	No	Reconocimiento de la jurisdicción extraterritorial pero no OEJ.
Cabo Verde	No	Reconocimiento de la jurisdicción extraterritorial pero no OEJ.
República Centro Africana	No	Ninguna disposición sobre jurisdicción. Artículo 153 CPe 2010 regula el CLH y el 158 establece que su pena es la muerte.
Chad	No	No hay referencias al CLH en el CPe ni en el Cproc, ambos de 1967.
Chile	Sí	Por remisión a derecho convencional y DI general.
China	Si	Por remisión a derecho convencional.
Chipre	No	Reconocimiento de jurisdicción pero sin referencia a la OEJ. Rome Statute Ratification Law 2002, s. 6.
Colombia	Sí	
Comoros	No	Reconocimiento de la jurisdicción extraterritorial pero no OEJ.
El Salvador	No	
Eslovaquia	No	
Eslovenia	No	Reconocimiento de la aplicación extraterritorial de la ley penal pero no OEJ.
España	Sí	
Estonia		Obligación de juzgar para algunos subtipos, condicionada al reconocimiento convencional.
Etiopía	No	Reconocimiento de aplicación extraterritorial de ley penal pero no OEJ.
Fiji	No	Reconocimiento de la aplicación extraterritorial de la ley penal pero no OEJ.
Filipinas	Sí	
Finlandia	Sí	OEJ por remisión al derecho convencional.
Francia	Sí	
Gabón	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción para crímenes internacionales.
Gambia	No	No se han encontrado referencias ni al CAH ni a la jurisdicción para crímenes internacionales.
Georgia	No	Aplicación extraterritorial de ley penal condicionada al derecho convencional.
Ghana		Obligación de juzgar por remisión al derecho

		convencional.
Grecia		No encontrado en idioma conocido (Artículo 8 Cpe).
Granada	No	No se han encontrado referencias ni al CAH ni a la jurisdicción para crímenes internacionales
Guatemala		Obligación de juzgar por remisión al derecho convencional
Guinea	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción para crímenes internacionales.
Guinea Bissau	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción para crímenes internacionales.
Guyana		No se ha encontrado la legislación penal.
Haití	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción para crímenes internacionales.
Honduras		Obligación de juzgar.
Hungría	No	Aplicación extraterritorial de la ley penal condicionada al derecho convencional.
India	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción para crímenes internacionales.
Indonesia	No	No hay referencia a la OEJ.
Irán		Obligación de juzgar por remisión al derecho convencional.
Iraq	No	Reconocimiento de la jurisdicción extraterritorial pero OEJ.
Irlanda	No	No se han encontrado referencias al carácter de la jurisdicción.
Islandia	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción para crímenes internacionales.
Israel	No	Reconocimiento de jurisdicción extraterritorial para CLH con ciertas condiciones.
Italia	No	Reconocimiento de jurisdicción extraterritorial pero no OEJ.
Jamaica	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales.
Japón	No	Aplicación extraterritorial de la ley penal condicionada al derecho convencional.
Jordania	No	Aplicación extraterritorial de la ley para delitos en general.
Kazajstán	No	Reconocimiento de jurisdicción extraterritorial por remisión al derecho convencional.
Kenia	No	Reconocimiento de jurisdicción extraterritorial de los tribunales nacionales para CLH.
Kiribati	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales.
Kirguistán	No	Reconocimiento de jurisdicción extraterritorial por remisión al derecho convencional
Laos	No	Reconocimiento de jurisdicción extraterritorial por remisión al derecho convencional (Id. que Kirguistán).

Lesotho		Reconocimiento de jurisdicción extraterritorial y obligación de juzgar por remisión al DI.
Letonia	No	Reconocimiento de jurisdicción extraterritorial por remisión al derecho convencional.
Líbano	No	Aplicación extraterritorial de la ley libanesa para delitos en general.
Liberia	No	Reconocimiento de la jurisdicción extraterritorial por remisión al derecho convencional.
Libia		No se ha podido acceder a la legislación en lengua conocida.
Liechtenstein	No	Reconocimiento de la jurisdicción extraterritorial para todos los delitos.
Lituania	No	Reconocimiento de la aplicación extraterritorial de la ley penal a CLH condicionada al derecho convencional.
Luxemburgo		Posible aut dedere aut judicare en relación a los CLH.
Macedonia	No	Reconocimiento de la jurisdicción extraterritorial para los CLH.
Madagascar	No	Reconocimiento de JU solo para tortura.
Malasia	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales.
Malawi	No	No se han encontrado referencias ni al CAH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales.
Maldivas	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales.
Mali	Sí	Aut dedere aut judicare por remisión al derecho convencional.
Malta	Sí	Aut dedere aut judicare por remisión al derecho convencional.
Marruecos	No	Alcance extraterritorial de la jurisdicción para delitos generales condicionado a la posterior adquisición de la nacionalidad. CLH no regulado.
Islas Marshall	No	Posible alcance extraterritorial de la jurisdicción por remisión al derecho convencional.
Mauritania	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales.
Mauricio	No	Reconocimiento de jurisdicción extraterritorial para CLH.
México	No	Reconocimiento del alcance extraterritorial de la jurisdicción por remisión a derecho convencional.
Estados Federados de Micronesia	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales.
Moldavia	No	Reconocimiento del alcance extraterritorial de la jurisdicción por remisión a derecho convencional.

Mónaco	Sí	Condicionada a competencia extraterritorial (reconocida en virtud de derecho convencional).
Mongolia		Obligación de juzgar por remisión al derecho convencional.
Montenegro	No	Reconocimiento del alcance extraterritorial de la jurisdicción y de la aplicación extraterritorial de la ley penal de Montenegro.
Mozambique	No	Reconocimiento del alcance extraterritorial de la jurisdicción y de la aplicación extraterritorial de la ley penal por remisión al derecho convencional.
Myanmar, Birmania	No	Ninguna disposición sobre jurisdicción extraterritorial.
Namibia	Sí	Reconocimiento de la OEJ para algunos subtipos de CLH por remisión al DI general y al derecho convencional.
Nauru	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción extraterritorial por crímenes internacionales.
Nepal	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción extraterritorial por crímenes internacionales.
Nueva Zelanda	No	Reconocimiento del alcance extraterritorial de la jurisdicción doméstica para crímenes internacionales.
Nicaragua	No	Reconocimiento de la aplicación extraterritorial de la ley penal nicaragüense a algunos tipos de crímenes de lesa humanidad.
Níger	No	Reconocimiento del alcance extraterritorial de la jurisdicción y de la aplicación extraterritorial de la ley penal.
Nigeria	No	No se han encontrado referencias a la jurisdicción extraterritorial por crímenes internacionales.
Noruega	Sí	Reconocimiento de la OEJ para algunos subtipos de CLH por remisión al derecho convencional.
Omán	No	Aplicación extraterritorial del derecho omaní para delitos comunes.
Países Bajos	No	Reconocimiento del alcance extraterritorial de la jurisdicción y de la aplicación extraterritorial de la ley penal.
Paquistán	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales.
Palau	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales.
Panamá	Sí	Reconocimiento de la aplicación extraterritorial de la ley penal panameña y obligación de extraditar o juzgar por remisión al derecho

		convencional.
Papúa-Nueva Guinea	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales (excepto para crímenes de guerra).
Paraguay		Obligación de juzgar por remisión al derecho convencional.
Perú	Sí	Aut dedere aut judicare por remisión al derecho convencional.
Polonia	Sí	Obligación de extraditar o juzgar por remisión al derecho convencional.
Portugal	No	Reconocimiento del alcance extraterritorial de la jurisdicción y de la aplicación extraterritorial de la ley penal.
Qatar	Sí	Posible aplicación directa del aut dedere aut judicare en virtud de obligaciones derivadas de derecho convencional.
Reino Unido	No	Reconocimiento de alcance extraterritorial de la jurisdicción solo para ciudadanos ingleses y residentes.
Rumanía	No	Reconocimiento de la aplicación extraterritorial de la ley penal rumana a delitos en general.
Rusia	No	Reconocimiento de la aplicación extraterritorial de la ley penal rusa por remisión al derecho convencional (tortura).
Ruanda	No	Reconocimiento del alcance extraterritorial de la jurisdicción de Ruanda para crímenes internacionales.
San Cristóbal y Nevis		No se ha podido acceder a la legislación penal o procesal penal.
Santa Lucía	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por este crimen. Véase el Código Penal de 2004 .
San Vicente y Granadinas	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales.
Samoa	No	Reconocimiento del alcance extraterritorial de la jurisdicción de Samoa para crímenes internacionales.
San Marino		Obligación de juzgar por remisión al derecho convencional
Santo Tomé y Príncipe	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales.
Senegal	No	Reconocimiento del alcance extraterritorial de la jurisdicción. (artículos 431-1/437 Cp 2007). Analizar conjuntamente con las reformas para el establecimiento de las Cámaras Extraordinarias Africanas.
Serbia	No	Reconocimiento del alcance extraterritorial de la jurisdicción para CLH por remisión al DI.
Seychelles	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a

		la jurisdicción por crímenes internacionales.
Sierra Leona	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales, pero TESL creado por acuerdo con SL para procesar crímenes internacionales en aplicación del DI.
Singapur	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por este crimen.
Siria	No	Reconocimiento de jurisdicción extraterritorial para delitos generales a falta de extradición.
Islas Solomón	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales.
Somalia		Obligación de juzgar por remisión al derecho convencional.
Sudáfrica	No	Reconocimiento de la jurisdicción extraterritorial para crímenes internacionales.
Sri Lanka	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales.
Sudán del Sur	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales.
Surinam	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales.
Swazilandia	Sí	Posible aplicación de la obligación de extraditar o juzgar por remisión a aplicación directa de convenios ratificados (solo Tortura).
Suecia	No	Reconocimiento de jurisdicción extraterritorial a través de sus subtipos. CLH no tipificado.
Suiza	Sí	
Tajikistán	No	Reconocimiento de jurisdicción extraterritorial por remisión a DI (convencional y general).
Tailandia	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales.
Tanzania	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales.
Timor Oriental	No	Reconocimiento de la aplicación extraterritorial de la ley penal interna a CLH.
Togo	No	
Tonga		No se ha logrado acceder a la legislación penal/procesal penal.
Trinidad y Tobago	No	Reconocimiento de la jurisdicción universal para CLH.
Túnez	Sí	Reconocimiento del aut dedere aut judicare para CLH por remisión a derecho convencional.
Turquía	No	Reconocimiento del alcance extraterritorial de la jurisdicción doméstica a los CLH.
Turkmenistán	No	Reconocimiento del alcance extraterritorial de la ley penal y la jurisdicción a algunas modalidades de crímenes de lesa humanidad.
Tuvalu	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales.

Uganda	No	Reconocimiento del alcance extraterritorial de la jurisdicción doméstica a los CLH.
Ucrania	No	Reconocimiento del alcance extraterritorial de la jurisdicción doméstica a los CLH por remisión a derecho convencional.
Uruguay	Sí	
Uzbekistán	No	Reconocimiento del alcance extraterritorial de la ley uzbeca por remisión al derecho convencional.
Vanautu	No	Reconocimiento del alcance extraterritorial de la jurisdicción y legislación doméstica para la esclavitud.
Venezuela	Sí	
Vietnam	No	Reconocimiento del alcance extraterritorial de la ley vietnamita por remisión al derecho convencional.
Yemen	No	
Yemen	No	
Zambia	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales.
Zimbawe	No	No se han encontrado referencias ni al CLH ni a la jurisdicción por crímenes internacionales.

	Estados que han incorporado una parte de la OEJ, la obligación de juzgar o cuya incorporación de la OEJ no está clara
	Estados que han incorporado a su legislación interna la OEJ
	Estados cuyas disposiciones de derecho interno resultaron inaccesibles o incomprensibles

Abreviaturas

CLH	Crimen de lesa humanidad
CPe	Código Penal
CPI	Corte Penal Internacional
CProcP	Código Procesal Penal
CECC	Cámaras Extraordinarias de las Cortes de Camboya
DI	Derecho Internacional
OEJ	Obligación de Extraditar o Juzgar
SL	Sierra Leona
TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona
TI	Tratado Internacional

Nota: Se usarán indistintamente los vocablos “sección” y “artículo” para referirse a los números de las disposiciones en los instrumentos legales analizados.

Nota*: Aunque el principio seguido para la elaboración de este apartado ha sido el de consulta directa de la fuente primaria, en contadas excepciones esto no ha sido posible. En estos casos, se especifica que se ha acudido a fuentes indirectas (fundamentalmente el Informe Preliminar de Amnistía Internacional de 2012 sobre el estado de la legislación en el mundo en relación al principio de jurisdicción universal y las Informaciones recibidas por el Secretario General de Naciones Unidas en la 65^o Asamblea de 2010 sobre “El alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal”).

Aclaraciones y comentarios de los resultados presentados

AFGANISTÁN

Legislación

El artículo 193 del Código Procesal Penal reza como sigue:

“A court of competent jurisdiction for adjudication of a crime is the court in whose jurisdiction the crime has been committed, or wherein the accused resides or the accused has been arrested therein¹⁰⁷¹”.

A su vez, el artículo 195 establece que:

“When a crime has been committed outside the territory of Afghanistan which the Afghan laws are applicable thereon, and the accused has no permanent place of residence in Afghanistan nor he is arrested in Afghanistan, his case, then, if felony, shall be forwarded to the Court of Felony of Kabul; and, if it is a misdemeanor, shall be adjudicated by the Kabul’s Primary Court”.

Es cierto que la especificación de que “en caso de que no sea arrestado en Afganistán” puede inducir a confusión porque parece obviar el requisito esencial del *aut dedere aut judicare*, que es la presencia del acusado en el territorio. No obstante, lo destacable aquí, de cara a inferir el reconocimiento del *aut dedere* o al menos de cara a inferir el reconocimiento del carácter imperativo de la obligación de juzgar, es la formulación cerrada que se recoge y que persigue, en última instancia, colmar cualquier laguna jurídica de la cual se pueda ver beneficiado el presunto responsable de un crimen internacional.

Además, para aquellos Estados cuyo derecho se basa en la Sharia o derecho islámico, es necesario hacer un esfuerzo de identificación para conectar los tipos penales internacionales con las categorías en las que se dividen los delitos en este ámbito. Quede aquí explicada una vez y por todas, el recorrido jurídico-interpretativo que es necesario hacer para aceptar que la no inclusión del tipo “crimen contra la humanidad” como tal en los códigos penales de los países árabes no implica necesariamente que exista una laguna de impunidad respecto a ellos. En palabras del experto internacional en derecho islámico, Cherif Bassiouni:

¹⁰⁷¹Código Procesal Penal. Disponible en http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=oCCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.laoa.af%2Flaws%2Fcriminal_procedure_code.pdf&ei=qPMxUu3kC-e57Aan_oHICQ&usg=AFQjCNETw-pIBGNBt_mCbYs9txlGV3-DWw&sig2=1745JxlPk6ezglUQNYIb1g&bvm=bv.52109249,d.Z

“The fact that the criminal aspects of the Sharia do not correspond to contemporary international criminal law in the labeling of certain crimes and as to their legal elements, does not mean that the Sharia is devoid of a counterpart in contemporary international law. In fact, it is no different than domestic criminal laws which have a counterpart to international crimes. The killing of a non-combatant or of a sick or injured combatant is a war crime. The same killing could be part of “genocide” or “crimes against humanity”. The domestic law of a given state may not have codified these crimes, but it can prosecute under murder provisions of its domestic criminal law. The same applies to the Sharia, which while allowing states bound by international obligations to prosecute international crimes as *tazir*, Muslim states can also proceed on the basis of *hudud* and *qisas* norms¹⁰⁷²”.

ALEMANIA

Legislación

En Alemania encontramos, por un lado el Código de Crímenes contra el Derecho Internacional de 2002¹⁰⁷³, que se aplica a los crímenes de lesa humanidad cometidos fuera del territorio de Alemania a partir del año 2002.

Por otro lado, hallamos el Código Penal de 1998, que en teoría permitiría a los tribunales alemanes ejercer la jurisdicción universal para conocer de crímenes contra la humanidad cometidos antes del año 2002, siempre que los mismos estuvieran tipificados en la legislación doméstica alemana (artículo 7.2.2)¹⁰⁷⁴. Sin embargo, no es hasta el código de 2002 que se regula el CLH.

Sección 152.2 del código procesal penal: “Except as otherwise provided by law, the public prosecution office shall be obliged to take action in the case of all criminal offenses which may be prosecuted, provided there are sufficient factual indications”.

Para averiguar la postura alemana en relación a la naturaleza obligatoria de la obligación de extraditar o juzgar respecto a los crímenes de lesa humanidad, es preciso hacer una interpretación conjunta de varias disposiciones: por un lado, el marco sustantivo queda definido en el Código de Crímenes contra el Derecho Internacional de 2002, que regula, por primera vez, el crimen de lesa humanidad. En cuanto a la naturaleza de la jurisdicción alemana sobre estos crímenes, se ha de combinar el Código Procesal Penal alemán, y en particular, la reforma que se hace de su artículo 153 al aprobarse el referido Código. Así se

¹⁰⁷² Bassiouni, C. , *The Sharia, Islamic Law and Post-Conflict Justice*, documento elaborado para el 10th ISISC Course en Siracusa, Mayo 2011, pp. 48. Añade el autor en la nota al pie, que este enfoque fue reconocido y utilizado en la extradición internacional en relación al requisito de la doble criminalidad.: “When a state seeks the extradition of a person from another state for a given crime, the requested state must find that the crime charged is also a crime under its laws. In doing so, the requested state does not look at the label of the crime charged in the requesting state, but at the facts underlying the crime charged. If the facts would give rise to a crime under the laws of a requested state, irrespective of how the crime is labeled, then the requirement of double criminality is satisfied”.

¹⁰⁷³ Código de Crímenes contra el Derecho Internacional de 2002.

Disponible en <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/VoeStGB.pdf>

¹⁰⁷⁴ Código Penal de 1998, disponible en <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm>

incorpora un nuevo apartado (f) que reza como sigue:

“Section 153f

(1) In the cases referred to under Section 153c subsection (1), numbers 1 and 2, the public prosecution office may dispense with prosecuting an offence punishable pursuant to sections 6 to 14 of the Code of Crimes against International Law, if the accused is not present in Germany and such presence is not to be anticipated (reconocimiento indirecto de la presencia del acusado como elemento activador de la obligación de juzgar). If in the cases referred to under Section 153c subsection (1), number 1, the accused is a German, this shall however apply only where the offence is being prosecuted before an international court or by a state on whose territory the offence was committed or whose national was harmed by the offence.

(2) In the cases referred to under Section 153c subsection (1), numbers 1 and 2, the public prosecution office can, in particular, dispense with prosecuting an offence punishable pursuant to sections 6 to 14 of the Code of Crimes against International Law, if

1. there is no suspicion of a German having committed such offence,
2. such offence was not committed against a German,
3. no suspect in respect of such offence is present in Germany and such presence is not to be anticipated and
4. the offence is being prosecuted before an international court or by a state on whose territory the offence was committed, whose national is suspected of its commission or whose national was harmed by the offence. (explícito reconocimiento de la cláusula alternativa en relación a los crímenes de lesa humanidad).

The same shall apply if a foreigner accused of an offence committed abroad is residing in Germany but the requirements pursuant to the first sentence, numbers 2 and 4, have been fulfilled and transfer to an international court or extradition to the prosecuting state is permissible and is intended.

(3) If in the cases referred to under subsection (1) or (2) public charges have already been preferred, the public prosecution office may withdraw the charges at any stage of the proceedings and terminate the proceedings¹⁰⁷⁵”.

Aunque la fórmula escogida puede inducir a error ya que la obligación se presenta en términos negativos (cuándo no está el Estado dispensado de enjuiciar), de una atenta lectura se puede inferir el reconocimiento de esta obligación y su incorporación a la legislación interna, a través de una regulación específica de los crímenes internacionales.

ANGOLA

Legislación

El código Penal actualmente vigente no regula el crimen de lesa humanidad

¹⁰⁷⁵ Código Procesal Penal, disponible en <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StPO.htm>

ni la jurisdicción del Estado en relación al mismo. Sin embargo, el anteproyecto del nuevo Código de 2006 incorpora el crimen internacional en su artículo 368 y reconoce la aplicación extraterritorial de la ley angoleña para este supuesto, siempre y cuando el sospechoso se encuentre en Angola y no pueda ser extraditado (artículo 5.b)¹⁰⁷⁶. De la interpretación conjunta de los términos “aplicación extraterritorial de la ley angoleña” y el presupuesto de su no extradición para proceder a su enjuiciamiento, se desprende la inclusión de la obligación alternativa. Sin embargo, aunque podemos intuir la dirección hacia la que va Angola, no se puede afirmar la incorporación de la cláusula objeto de estudio hasta que no sea aprobado y entre en vigor el nuevo Código Penal.

ARABIA SAUDITA

Legislación

Los artículos 128-132 establecen criterios de jurisdicción pero nada se dice acerca de la extradición o de la obligación alternativa¹⁰⁷⁷.

ARGENTINA

Legislación

La Constitución argentina de 1853, reformada en 1994, establece, en su artículo 118, que: “Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la Republica esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

Por otro lado, la Ley de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 2006 regula, en su artículo 4, el principio *aut dedere aut judicare* con respecto a los crímenes internacionales de competencia de la CPI, entre los que se encuentra el crimen de lesa humanidad:

“ARTICULO 4º Cuando se encuentre en territorio de la República Argentina o en lugares sometidos a su jurisdicción una persona sospechada de haber cometido un crimen definido en la presente ley y no se procediera a su extradición o entrega a la Corte Penal Internacional, la República Argentina tomará todas las medidas necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de dicho delito¹⁰⁷⁸”.

¹⁰⁷⁶ Proyecto de Código Penal de 2006.

Disponible en: <http://www.minjus.gov.ao/LegislacaoD.aspx?Codigo=76>

¹⁰⁷⁷ Véase Ley de Procedimiento Penal de 2001.

Disponible en: <http://www.sagia.gov.sa/Documents/Laws/Law of Criminal Procedure En.pdf>

¹⁰⁷⁸ Ley de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 2006. Disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123921/norma.htm>

ARMENIA

Legislación

Armenia declara tener jurisdicción extraterritorial para conocer de crímenes internacionales varios como el crimen de agresión, terrorismo, crímenes de guerra, genocidio e incluso ecocidio. Nada se dice sin embargo del crimen de lesa humanidad aunque podría deducirse su idéntico tratamiento por analogía. No obstante, la obligación de extraditar o juzgar puede inferirse, en relación a los crímenes cometidos fuera del territorio armenio, de las disposiciones contenidas en el Código Penal armenio vigente, de 2003, con la única particularidad que, en tanto que el crimen de lesa humanidad no está tipificado, éste deberá ser enjuiciado a través de los subtipos que lo componen:

“Artículo 15.2: The citizens of the Republic of Armenia who committed crime outside the territory of the Republic of Armenia, as well as stateless persons permanently residing in the Republic of Armenia, are subject to criminal liability under Articles 384, 386-391, 393-397 of this Criminal Code, regardless whether the act is considered or not considered a crime in the state where the crime was committed.

Artículo 16.5: In case of refusal to extradite the person who committed a crime, the prosecution for the crime committed in the territory of a foreign country is done in accordance with the legislation of the Republic of Armenia¹⁰⁷⁹”.

¹⁰⁷⁹ Código Penal de 2003. Disponible en <http://www.refworld.org/type,LEGISLATION,NATLEGBOD,ARM,3f46119c4,0.html>

AUSTRALIA

Legislación

Sin perjuicio de la regulación de la naturaleza extraterritorial de la ley penal australiana en relación con el crimen de lesa humanidad, nada puede encontrarse en las disposiciones australianas acerca de la obligación de proceder al enjuiciamiento o a la extradición si encuentra en su territorio un presunto autor de alguno de estos crímenes “268.117 Geographical jurisdiction

(1) Section 15.4 (extended geographical jurisdiction—Category D) applies to genocide, crimes against humanity and war crimes.

(2) Section 15.3 (extended geographical jurisdiction—Category C) applies to crimes against the administration of the justice of the International Criminal Court.

5.4. Extended geographical jurisdiction—category D

If a law of the Commonwealth provides that this section applies to a particular offence, the offence applies:

(a) whether or not the conduct constituting the alleged offence occurs in Australia; and

(b) whether or not a result of the conduct constituting the alleged offence occurs in Australia¹⁰⁸⁰”.

AUSTRIA

Legislación

El crimen de lesa humanidad no está específicamente recogido en el CPe austriaco por lo que aunque en ciertos casos, el CPe austriaco reconoce la jurisdicción obligatoria de los tribunales para conocer de ciertos delitos, en el caso del crimen de lesa humanidad, la obligación de juzgar se aplicará a los actos constitutivos de este crimen y no al crimen en sí (artículo 65¹⁰⁸¹).

1080 Código Penal de 1995, disponible en <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2011C00261>

1081 § 65 Strafbare Handlungen im Ausland, die nur bestraft werden, wenn sie nach den Gesetzen des Tatorts mit Strafe bedroht sind

(1) Für andere als die in den §§ 63 und 64 bezeichneten Taten, die im Ausland begangen worden sind, gelten, sofern die Taten auch durch die Gesetze des Tatorts mit Strafe bedroht sind, die österreichischen Strafgesetze:

1. Wenn der Täter zur Zeit der Tat Österreicher war oder wenn er die österreichische Staatsbürgerschaft später erworben hat und zur Zeit der Einleitung des Strafverfahrens noch besitzt;

2. Wenn der Täter zur Zeit der Tat Ausländer war, im Inland betreten wird und aus einem anderen Grund als wegen der Art oder Eigenschaft seiner Tat nicht an das Ausland ausgeliefert werden kann.

(2) Die Strafe ist so zu bestimmen, daß der Täter in der Gesamtauswirkung nicht ungünstiger gestellt ist als nach dem Gesetz des Tatorts.

(3) Besteht am Ort der Tat keine Strafgewalt, so genügt es, wenn die Tat nach den österreichischen Gesetzen strafbar ist.

(4) Die Strafbarkeit entfällt jedoch:

1. wenn die Strafbarkeit der Tat nach den Gesetzen des Tatorts erloschen ist;

2. wenn der Täter von einem Gericht des Staates, in dem die Tat begangen worden ist,

No obstante, la Constitución contiene un artículo en virtud del cual se podría, eventualmente salvar este vacío jurídico con respecto a los crímenes de lesa humanidad, el artículo 9.1: “(1) The generally recognized rules of international law are regarded as integral parts of federal law¹⁰⁸²”. Austria ha ratificado la Convención contra la Tortura y contra la Desaparición Forzada.

AZERBAYÁN

Legislación

El Código Penal establece, en su artículo 12.3 que: “Citizens of the Azerbaijan Republic, foreigners and persons without the citizenship, who have committed crimes against the peace and mankind’s, war crimes, terrorism, financing of terrorism, stealing of an air ship, capture of hostages, torture, a sea piracy, illegal circulation of narcotics and psychotropic substances, manufacturing or sale of false money, attack on persons or the organizations using the international protection, the crimes connected to radioactive materials, and also other crimes, punish of which stipulated in international agreements to which the Azerbaijan Republic is a party, shall be instituted to criminal liability and punishment under the Present Code, irrespective of a place of committing a crime¹⁰⁸³”.

De la alusión a los crímenes contra la paz y la seguridad se puede inferir, sin mayor controversia, que el legislador ha querido incluir en esta categoría a los crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, es importante notar que no estamos ante el reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar en sentido estricto, sino simplemente ante la incorporación a la legislación interna de la obligación de juzgar al presunto responsable de determinados crímenes cometidos fuera del territorio en el que ahora se encuentra, independientemente de su nacionalidad. La obligación de extraditar o juzgar se reconoce, no obstante, en el siguiente artículo que reza como sigue:

“13.3. If the persons, who have committed a crime outside of limits of the Azerbaijan Republic, shall not distributed out to the foreign state, and this action (action or inaction) is admitted as a crime according to the present Code,

rechtskräftig freigesprochen oder sonst außer Verfolgung gesetzt worden ist;

3.wenn der Täter von einem ausländischen Gericht rechtskräftig verurteilt und die Strafe ganz vollstreckt oder, soweit sie nicht vollstreckt wurde, erlassen worden oder ihre Vollstreckbarkeit nach dem ausländischen Recht verjährt ist;

4.solange die Vollstreckung der vom ausländischen Gericht verhängten Strafe ganz oder teilweise ausgesetzt ist.

(5)Nach den österreichischen Gesetzen vorgesehene vorbeugende Maßnahmen sind, wenn die Voraussetzungen hiefür zutreffen, gegen einen Österreicher auch dann anzuordnen, wenn er aus einem der Gründe des vorhergehenden Absatzes im Inland nicht bestraft werden kann.

1082 Constitución Austriaca de 1983, disponible en http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000_.html

1083 Código Penal de Azerbayán. Disponible en <http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1658/file/4b3ff87c005675cfd74058077132.htm/preview>

they shall be instituted to criminal proceedings in the Azerbaijan Republic”.

BANGLADESH

Legislación

No existe disposición alguna en el CPe o CProc sobre el crimen de lesa humanidad y la regulación de la jurisdicción para conocer del mismo. La ley de crímenes internacionales se limita a definir el tipo en el artículo 3, nuevamente sin incorporar el *aut dedere aut judicare* o cualquier otra cláusula penal dirigida a garantizar el enjuiciamiento¹⁰⁸⁴.

BIELORRUSIA

Legislación

Se reconoce, en el artículo 6, el principio de jurisdicción universal para crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio¹⁰⁸⁵. Sin embargo, el artículo 85, en aplicación de la Convención sobre la No Aplicación de Limitaciones Estatutarias a los Crímenes de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra de 1968, prohíbe que aquellos responsables de estos actos queden liberados de responsabilidad penal. De este precepto, si interpretado conjuntamente con la regulación dispositiva de la extradición en el artículo 7.2, puede inferirse el reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar como versión práctica de esta prohibición de impunidad¹⁰⁸⁶.

BÉLGICA

Legislación

Aunque ha sido durante mucho tiempo considerado el adalid de la jurisdicción universal¹⁰⁸⁷, en los últimos años Bélgica ha incorporado algunas modificaciones a su legislación, dirigidas, según ha afirmado este país ante la Asamblea General, a reducir la politización que afectaba a este mecanismo así

¹⁰⁸⁴ Ley de crímenes internacionales de 2010 de Bangladesh. Disponible en <http://www.internationallawbureau.com/blog/wp-content/uploads/2010/07/The-International-Crimes-Tribunals-Act-1973.pdf>

¹⁰⁸⁵ Fuente indirecta por imposibilidad de acceder al texto del Código Penal en idioma comprensible. Base de datos del Comité Internacional de la Cruz Roja: http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_by_rule157

¹⁰⁸⁶ Información extraída de las Observaciones de Bielorrusia sobre el alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

¹⁰⁸⁷ Ley de 16 de junio de 1993 que establecía la jurisdicción universal para graves crímenes bajo el derecho internacional humanitario. Por ley de 10 de febrero de 1999, este principio se extendió a los crímenes de lesa humanidad y al crimen de genocidio.

como a evitar competir con la Corte Penal Internacional, haciendo efectivo el principio de complementariedad¹⁰⁸⁸. A través de dos leyes relativas a las violaciones graves de derecho internacional humanitario aprobadas en abril y junio de 2003, se introduce una serie de limitaciones que incluye el establecimiento del requisito de que la iniciación del procedimiento penal por estos crímenes cuente con la aprobación del Fiscal General, y por ende, rama ejecutiva del Estado, el requisito de que el presunto responsable sea ciudadano o residente belga para poder juzgarle por estos crímenes y la eliminación del capacidad de las ONGs y víctimas de abrir un procedimiento penal en virtud del principio de personalidad pasiva, otorgándole esta facultad exclusivamente al Fiscal General.

La decisión belga ha sido interpretada en términos de “realpolitik” por parte de la doctrina. Así, Maximo Langer, en su estudio sobre la evolución de la regulación de la jurisdicción universal en cinco Estados europeos, conecta el cambio de postura belga con la presión sufrida por parte de Estados Unidos tras la presentación de una denuncia contra el ex Presidente Bush y otros miembros de la Administración americana por el lanzamiento de dos bombas contra civiles en Bagdad en 1991 durante la guerra del Golfo¹⁰⁸⁹. Lo cierto es que, a día de hoy, si bien es verdad que existe una remisión en el Código Procesal Penal belga al derecho internacional que, en última instancia, una vez constatada la naturaleza del *aut dedere aut judicare*, permitiría su aplicación, por el momento, la obligación de extraditar o juzgar a los presuntos responsables de crímenes de lesa humanidad no parece haber sido incorporada a la legislación belga¹⁰⁹⁰.

Benín

LEGISLACIÓN

¹⁰⁸⁸ Observaciones de Bélgica sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010), párr. 14. Disponible en http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Belgium_E.pdf

¹⁰⁸⁹ Langer, M., *The Diplomacy of Universal Jurisdiction: the Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes*, AJIL, Vol. 105:1, 2011, pp. 1-49, pp. 30: “After the complaint was presented against George H.W. Bush and other U.S leaders, Secretary of State Powell told Belgium that it was risking its status as a diplomatic capital and host of the NATO headquarters. These pressures prompted an amendment that explicitly permitted an immunity defense based on a person’s official capacity (...). The amendment established a series of limitations to the cases that civil parties could initiate, and mechanisms for the minister of justice to bring cases to the attention of other states as a way to divest Belgian courts of jurisdiction”.

¹⁰⁹⁰ Artículo 12 bis del Código Procesal Penal belga (Code d’instruction criminelle): “Hormis les cas visés aux articles 6 à 11, les juridictions belges sont également compétentes pour connaître des infractions commises hors du territoire du Royaume et visées par une [règle de droit international conventionnelle ou coutumière] [ou une règle de droit dérivé de l’Union européenne] liant la Belgique, lorsque [cette règle] lui impose, de quelque manière que ce soit, de soumettre l’affaire à ses autorités compétentes pour l’exercice des poursuites”.

El Código Procesal de Benín regula, en su artículo 553, la competencia extraterritorial del Benín para conocer de todo tipo de delitos cometidos por ciudadanos de Benín fuera del territorio, respetando siempre el principio de doble tipicidad:

“Any person who outside Benin has committed an act that is characterized as a serious crime (crime) under Benin Law can be prosecuted and tried by Benin courts if that person subsequently becomes a Benin citizen; the same if the act is a minor crime (délit) and if the act is punishable in the country where it was committed)¹⁰⁹¹”.

El artículo 554 establece, por su parte que: “Anyone who is in Benin territory who is responsible as an accomplice for a serious crime (crime) or a minor crime committed abroad (délit) can be prosecuted and tried by Benin courts if the act is punishable by the law of the country where committed and by Benin law, provided that the act is recognized by a final decision of the foreign jurisdiction)”.

En tanto que el crimen de lesa humanidad no está tipificado como tal, se debería recurrir a los tipos ordinarios mediante los cuales se perpetra para juzgar el crimen de lesa humanidad. No obstante, no hay nada en el Code de Procedure Penal que indique que este enjuiciamiento tiene carácter obligatorio. Se reconoce la facultad, no la obligación.

BOLIVIA

Legislación

El crimen de lesa humanidad no está regulado como tipo autónomo en el código penal boliviano. Tampoco hay en el Código Procesal penal referencia a los criterios que deben guiar el establecimiento de la jurisdicción. La única conclusión extraíble de la posición normativa de este Estado debe inferirse de la interpretación conjunta del artículo 1.7 del Código Penal de 1972¹⁰⁹², que afirma que el Código Penal se aplicará a los delitos que por tratado o convención de la República se haya obligado a reprimir, aún cuando no fueren cometidos en su territorio y del hecho de que Bolivia es Estado Parte Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1950. Sin embargo, se trata de una interpretación un poco forzada que, en cualquier caso, se limita a afirmar la aplicación del Código Penal boliviano la esclavitud en tanto que crimen de lesa humanidad, sin que se encuentre mención alguna a la obligación de extraditar o juzgar como mecanismo para garantizar el enjuiciamiento.

¹⁰⁹¹ Código Procesal de Benín. Disponible en <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=oCEcQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.track.unodc.org%2FLegalLibrary%2FLegalResources%2FBenin%2FLaws%2FBenin%20Code%20of%20Procedure%20Penale%201967%20AS%20Amended%202010%29.pdf&ei=UgEyUsjzDYaK7AbV1IGIBg&usg=>

¹⁰⁹² Código Penal de 1972. Disponible en bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=1401

Sin embargo, existe en estos momentos un Proyecto de Ley de Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (nº920/2008), presentado en 2008 por la Defensoría del Pueblo que reconoce, en su artículo 5, el alcance extraterritorial de la ley penal boliviana a los más graves crímenes internacionales¹⁰⁹³.

BOSNIA Y HERZEGOVINA

Legislación

La regulación de la jurisdicción de los tribunales nacionales de Bosnia y Herzegovina debe interpretarse conjuntamente con el Estatuto de la Cámara para Crímenes de Guerra de Bosnia y Herzegovina.

El artículo 9 hace referencia directa a la obligación de extraditar o juzgar en relación a crímenes contra la humanidad en tanto que reconoce las obligaciones derivadas del derecho internacional y la aplicación del derecho nacional a los casos en los que Bosnia deba OBLIGATORIAMENTE juzgar en aplicación del derecho internacional (véase apartado c del 9.1). De la lectura conjunta de los apartados 4 y 5 se desprende el reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar para crímenes cuya pena mínima sea superior a 5 años, lo cual evidentemente incluye a los crímenes de lesa humanidad.

“Applicability of Criminal Legislation of Bosnia and Herzegovina to Offences Perpetrated Outside the Territory of Bosnia and Herzegovina

Article 9

(1) The criminal legislation of Bosnia and Herzegovina shall apply to anyone who, outside of its territory, perpetrates:

a) Any criminal offence against the integrity of Bosnia and Herzegovina prescribed in Chapter Sixteen of this Code (Criminal Offences against The Integrity of Bosnia and Herzegovina);

b) The criminal offence of Counterfeiting Money or of Counterfeiting Securities of Bosnia and Herzegovina, the criminal offence of Counterfeiting Instruments of Value or of Forgery of Trademarks, Measures and Weights issued on the basis of regulations of the institutions of Bosnia and Herzegovina, as defined in Articles 205 through 208 of this Code;

c) A criminal offence which Bosnia and Herzegovina is bound to punish according to the provisions of international law and international treaties or intergovernmental agreements;

d) A criminal offence against an official or responsible person in the institutions of Bosnia and Herzegovina, in relation to his office.

(2) The criminal legislation of Bosnia and Herzegovina shall apply to a citizen of Bosnia and Herzegovina who, outside the territory of Bosnia and Herzegovina, perpetrates any criminal offence.

¹⁰⁹³ Observaciones de Bolivia sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010), Disponible en http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.un.org%2Fen%2Fga%2Fsixth%2F65%2FScopeAppUniJuri_StatesComments%2FBolivia.pdf&ei=fDczUvzhL82Oswa48YDwCQ&usg=AFQjCNGhwKCzIh2s_Hiue2USHBTaPUZfIA&sig2=I8KgrzUQUW

(3) The criminal legislation of Bosnia and Herzegovina shall apply to an alien who, outside the territory of Bosnia and Herzegovina, perpetrates a criminal offence not included in paragraph 1 of this Article against Bosnia and Herzegovina or its national.

(4) The criminal legislation of Bosnia and Herzegovina shall apply to an alien who, outside the territory of Bosnia and Herzegovina, perpetrates a criminal offence against a foreign state or a foreign national which under this legislation carries a punishment of imprisonment for a term of five years or a more severe punishment.

(5) In the cases referred to in paragraphs 2 and 3 of this Article, the criminal legislation of Bosnia and Herzegovina shall apply only if the perpetrator of the criminal offence is found in or extradited to Bosnia and Herzegovina, while in the case referred to in paragraph 4 of this Article, only if the perpetrator is found in the territory of Bosnia and Herzegovina and is not extradited to another country¹⁰⁹⁴”.

BRASIL

Legislación

No se regula específicamente el crimen de lesa humanidad ni se recoge la cláusula procesal alternativa. El artículo 7 del Código Penal de 1940 afirma la aplicación extraterritorial de la ley penal brasileña (ni siquiera la jurisdicción obligatoria) para crímenes que esté obligado a perseguir en virtud de tratado.

“Extraterritorialidade (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984*)

Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

II - os crimes: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984*)

a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir¹⁰⁹⁵”.

BULGARIA

Legislación

El artículo 6.1. del Código penal búlgaro se limita a reconocer la aplicación extraterritorial del derecho penal rumano a los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, entre los que se encuentran los crímenes contra la humanidad, y más específicamente y por remisión al derecho convencional, a la tortura y a la trata de personas o esclavitud¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁴ Código Penal de 2003, disponible en http://www.sudbih.gov.ba/files/docs/zakoni/ba/Krivicni_zakon_BiH_-_precisceni,_nezvanicni_tekst.pdf

¹⁰⁹⁵ Código Penal de 1940.

Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm

¹⁰⁹⁶ Código Penal Búlgaro de 2005. Disponible en

[http://www.icrc.org/ihlnat.nsf/6fa4d35e5e3025394125673e00508143/0254e69910d7aae8c12573b5004cecf8/\\$FILE/Bulgaria-Penal-Code.pdf](http://www.icrc.org/ihlnat.nsf/6fa4d35e5e3025394125673e00508143/0254e69910d7aae8c12573b5004cecf8/$FILE/Bulgaria-Penal-Code.pdf)

BURKINA FASO

Legislación

El caso de Burkina Faso es controvertido. Si por un lado es cierto que, mediante la Ley de implementación de la Corte Penal Internacional, incorpora el reconocimiento de la aplicación extraterritorial de su jurisdicción a los crímenes de lesa humanidad (y otros crímenes internacionales de competencia de la CPI)¹⁰⁹⁷, por otro lado no deja de ser inquietante, desde la postura garantista de los derechos humanos con la que se aborda el presente trabajo de investigación, el hecho de que al acudir al Código Penal doméstico, encontramos que la pena aparejada a los crímenes de lesa humanidad es la pena capital¹⁰⁹⁸. En cualquier caso, no hay un reconocimiento expreso del *aut dedere aut judicare* en ninguno de los dos textos.

BURUNDI

Legislación

El crimen de lesa humanidad se incorpora al Código Penal de Burundi siguiendo la estructura y contenido exacto que se puede hallar en el Estatuto de Roma (art. 196). El artículo 10 del Código Penal de 2009, tras establecer el alcance extraterritorial de la jurisdicción penal de Burundi para cualquier delito (“si l’auteur se trouve au Burundi ou si la victime a la nationalité burundaise et que e fait est puni par la législation du pays où l’infraction a été commise”) en el segundo párrafo, condiciona la persecución y el enjuiciamiento de los crímenes internacionales (torturas, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra) a que exista una denuncia por parte de la víctima o a que sea denunciado oficialmente por las autoridades del país en el que se hubiera cometido la violación grave. Sin perjuicio de la clara negativa a investigar de oficio estos crímenes, se puede inferir de este texto, la incorporación al Código Penal nacional de la obligación de juzgar en relación al crimen de lesa humanidad, siempre que exista una denuncia por parte de la víctima o Estado en el que se hubiera cometido el delito:

“Dans les infractions autres que celles relatives à la contrefaçon des sceaux de l’Etat et des monnaies nationales, celles relatives aux actes de torture, au terrorisme, au génocide, aux crimes contre l’humanité et aux crimes de guerre, la poursuite et le jugement des infractions commises à l’étranger sont subordonnés au dépôt d’une plainte par la partie lésée ou à la dénonciation officielle de l’autorité du pays où l’infraction a été commise¹⁰⁹⁹”.

¹⁰⁹⁷ Artículo 15 de la ley de implementación de la Corte Penal Internacional de 2009. Disponible en http://www.iccnw.org/documents/Decret_n2009-894-PRES_promulquant_la_loi_no52-2009-AN.pdf

¹⁰⁹⁸ Artículo 313-317 del Código Penal de 1996. Disponible en https://www.unodc.org/tldb/pdf/Burkina_Faso_Penal_Code_Fr.pdf

¹⁰⁹⁹ Código Penal de 2009. Disponible en <http://www.refworld.org/type,LEGISLATION,NATLEGBOD,BDI,4c31bo5d2,o.html>

De hecho, el tercer párrafo parece insistir en el compromiso con la erradicación de la impunidad de estos crímenes al eliminar el requisito de la doble tipicidad para proceder al enjuiciamiento:

“La compétence des tribunaux burundais, en ce qui concerne le crime de génocide, le crime contre l’humanité et les crimes de guerre, n’est pas assujettie à ce que ces crimes soient punis par la législation du pays où ils ont été commis ni aux conventions sur l’extradition”.

CAMBOYA

Legislación

Los crímenes de lesa humanidad se regulan en el artículo 188 del Código Penal de 2010. En cuanto a la jurisdicción de los tribunales camboyanos, el Código Penal se limita a reconocer la aplicación extraterritorial de la ley penal camboyana sin hacer referencia ni a los mecanismos de atribución de la jurisdicción ni a la naturaleza dispositiva u obligatoria de esta jurisdicción en relación a crímenes de lesa humanidad 1100. Tampoco se encontraron referencias a esta cuestión en el Código Procesal Penal de 1993, con la única excepción de la inclusión de la obligación de investigar que atañe a la fiscalía al tener noticia de la perpetración de cualquier delito: “Once the perpetration of any crime or any misdemeanour is known, the prosecutor shall proceed immediately to the investigation measures which are provided to him/her by the law and which are necessary to find the truth. In case where the committed crime or misdemeanour is exceptionally serious, the prosecutor shall inform immediately the general prosecutor at the appeal court and the Minister of Justice. The Prosecutor shall carry out the instruction he/she receives from them in this matter¹¹⁰¹”.

Es imprescindible, sin embargo, para abordar este país, tener en cuenta la creación y regulación del Tribunal Internacional híbrido establecido para conocer de las atrocidades cometidas por los jémeres rojos en los 80.

Véase <http://www.eccc.gov.kh/en/about-eccc/introduction>

1100 Artículo 19 Código Penal de 2010: “In criminal cases, Cambodian penal law is applicable to any crime committed by a foreigner who subsequently obtains Cambodian citizenship outside Cambodia and it is also applicable to misdemeanours committed by a foreigner who subsequently obtains Cambodian citizenship in a foreign country if the acts are also punishable by the law of such foreign country. Fuente indirecta: AI, Universal global survey, 2010.

1101 Artículo 55 de la Ley de Procedimiento Penal de 8 de marzo de 1993. Disponible en <http://www.refworld.org/publisher,NATLEGBOD,LEGISLATION,KHM,3ae6b55c8,o.html>

CAMERÚN

Legislación

El *aut dedere aut judicare* ha sido incorporado a la legislación interna respecto a los crímenes de lesa humanidad mediante la regulación de la jurisdicción aplicable a algunas de sus subcategorías:

Sección 11 del Código Penal de 2001:

“The criminal law of the Republic shall apply to piracy, human trafficking, slave trade or drug trafficking, even when committed outside the territory of the Republic. However, no foreign national may be tried in the territory of the Republic for offences referred to in the present section, committed abroad, unless the foreign national was arrested in the territory of the Republic and was not extradited and provided that the prosecution is undertaken by the Public Prosecutor’s Office¹¹⁰²”.

Por otro lado, y a nivel más general, se articula una posibilidad futura de incorporación y aplicabilidad por remisión al derecho consuetudinario:

“This Code and every provision of criminal law is subject to the rules of international law and to all treaties duly promulgated and published. Therefore, all criminal law in Cameroon is subject to customary international law and to treaties, such as the Geneva Conventions and Protocol I, to which Cameroon is a party, which provide for universal jurisdiction) (war crimes not included, so prosecutions would have to be for ordinary crimes¹¹⁰³”.

CANADÁ

Legislación

Interesantísima disposición en el artículo 6.4 de la Ley de Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra, en tanto que positiviza la retroactividad de la ley penal en el ámbito de los más graves crímenes internacionales en virtud de la vigencia anterior del derecho consuetudinario:

“For greater certainty, crimes described in articles 6 and 7 and paragraph 2 of article 8 of the Rome Statute are, as of July 17, 1998, crimes according to customary international law, and may be crimes according to customary international law before that date. This does not limit or prejudice in any way the application of existing or developing rules of international law¹¹⁰⁴”.

En concreto respecto al crimen de lesa humanidad:

“(5) For greater certainty, the offence of crime against humanity was part of customary international law or was criminal according to the general principles

¹¹⁰² Fuente indirecta. Observaciones de Camerún sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

¹¹⁰³ S.10.2 del Código Penal de 2001. Fuente indirecta: AI, Universal global survey, 2010.

¹¹⁰⁴ Ley de Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad, 2000. Disponible en <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-45.9/page-1.html>

of law recognized by the community of nations before the coming into force of either of the following: (a) the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis, signed at London on August 8, 1945; and (b) the Proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers, dated January 19, 1946”.

A pesar de ser Canadá uno de los países más comprometidos con la lucha contra la impunidad en el ámbito de los más graves crímenes internacionales, tal y como demuestra la aprobación de una ley específica que regulara estos delitos, no es posible encontrar el reconocimiento a la obligación de extraditar o juzgar. En efecto, el enjuiciamiento se recoge en términos dispositivos (“may be prosecuted...1105”).

CABO VERDE

Legislación

Aunque en un primer momento parece que lo que se reconoce es la aplicación extraterritorial de la ley caboverdiana, de una lectura atenta del artículo 4 se puede inferir el reconocimiento del alcance extraterritorial de la jurisdicción de los tribunales caboverdianos, a pesar de la desafortunada elección del encabezado del artículo:

1 - Salvo convenção internacional em contrário, a lei penal cabo-verdiana é aplicável a factos praticados fora do território de Cabo Verde nos seguintes casos:

“b) Quando constituírem os crimes previstos nos artigos 138º, números 2 e 3, e 267º a 278º, desde que o agente seja encontrado em Cabo Verde e não possa ser extraditado1106;”

Los crímenes a los que hace referencia incluyen el genocidio, los crímenes de guerra y algunos subtipos del crimen de lesa humanidad. Así, en el artículo 271 se regula la esclavitud y en el 270, la creación de organizaciones para la discriminación racial y el uso de la violencia en este contexto, que podría subsumirse en el subtipo de “otros actos inhumanos...”.

Resulta evidente que la inclusión de la condición “que no pueda ser extraditado” implica que más que a la aplicación extraterritorial de la ley penal, este artículo tiene como objetivo la regulación de la jurisdicción penal aplicable.

CHILE

Legislación

1105 *Id.* Artículo 7.3.

1106 Código Penal de 2003, disponible en

http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=OCC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.mj.gov.cv%2Findex.php%2Fdocumentos%2Fdoc_download%2F59-codigo-penal&ei=OAcyUrKZGI3X7AamoYHYDQ&usq=AFQjCNEyYZJIDL-xoZkCX9urWyKlxOtYgg&sig2=QnUodhf7TPxsdsdm041

La Ley 20.357, que tipifica los crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra (artículo 1-10), es inderogable en virtud del artículo 41:

“Estas disposiciones no se entenderán derogadas tácitamente por el establecimiento posterior de normas que fueren aplicables a los mismos hechos, aunque resulten inconciliables”.

Se reconoce la jurisdicción obligatoria de Chile para conocer de delitos incluidos en tratados o convenios firmados por Chile. (Artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales¹¹⁰⁷).

Sin embargo, con respecto a los crímenes de lesa humanidad, en tanto que no han sido articulados en su conjunto en un solo instrumento convencional, no podemos afirmar que la obligación de extraditar o juzgar, o ni siquiera, la jurisdicción obligatoria, se hayan incorporado a la legislación interna chilena. Por su parte, el Código Procesal Penal de 1906 se limita a recoger el alcance extraterritorial de la jurisdicción chilena para crímenes cometidos fuera de su territorio¹¹⁰⁸.

No obstante, hay una vía interpretativa que nos permitiría llegar a la conclusión de que, aunque si no expresado en términos claros, el espíritu del *aut dedere aut judicare* está contenido en el Código de Procedimiento Penal:

“Artículo 37.- La acción penal pública se suspende, con arreglo al Derecho Internacional:

1.- Cuando el inculcado es entregado a los tribunales de la República por la vía de la extradición y la convención diplomática ha limitado los efectos de la persecución¹¹⁰⁹;

En efecto, se afirma que solo si se procede a la extradición, se suspenderá la acción penal. Si bien es cierto que el inicio de la acción penal no está regulada en términos imperativos, este reconocimiento junto con la remisión al derecho internacional y la remisión al derecho convencional en el artículo 6 del Código Orgánico de los Tribunales, podrían representar base jurídica suficiente para inferir (quizás un poco forzosamente) el *aut dedere aut judicare*, eso sí, para los delitos en general.

¹¹⁰⁷ Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563>.: “Quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República que a continuación se indican: 8° Los comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias;”

¹¹⁰⁸ Artículo 1, Código de procedimiento penal de 1906: “Artículo 1°. Los tribunales de la República ejercen jurisdicción sobre los chilenos y sobre los extranjeros para el efecto de juzgar los delitos que se cometan en su territorio, salvo los casos exceptuados por leyes especiales, tratados o convenciones internacionales en que Chile es parte o por las reglas generalmente reconocidas del Derecho Internacional.

¹¹⁰⁹ Id. Artículo 37.

CHINA

Legislación

Reconocimiento de la aplicación extraterritorial del derecho chino a crímenes cometidos en el extranjero en aplicación del derecho convencional:

“Article 9

This Law shall be applicable to crimes which are stipulated in international treaties concluded or acceded to by the People's Republic of China and over which the People's Republic of China exercises criminal jurisdiction within the scope of obligations, prescribed in these treaties, it agrees to perform¹¹¹⁰”. China es parte en la Convención contra la Tortura y contra el Apartheid.

COLOMBIA

Legislación

Se reconoce para los delitos comunes en el artículo 16.6 del Código Penal de 2000:

“Artículo 16. Extraterritorialidad. La ley penal colombiana se aplicará:

6. Al extranjero que haya cometido en el exterior un delito en perjuicio de extranjero, siempre que se reúnan estas condiciones:

- a) Que se halle en territorio colombiano;
- b) Que el delito tenga señalada en Colombia pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a tres (3) años;
- c) Que no se trate de delito político, y
- d) Que solicitada la extradición no hubiere sido concedida por el gobierno colombiano. Cuando la extradición no fuere aceptada habrá lugar a proceso penal.

En el caso a que se refiere el presente numeral no se procederá sino mediante querrela o petición del Procurador General de la Nación y siempre que no hubiere sido juzgado en el exterior¹¹¹¹”.

COMOROS

Legislación

El artículo 15 de la ley de la CPI de 2012 reconoce la aplicación extraterritorial de la ley penal de Comoros para los más graves crímenes internacionales siempre y cuando el presunto autor se encuentre en el territorio del Estado (con la excepción de los nacionales, cuya presencia no es necesaria para el ejercicio de la jurisdicción penal)¹¹¹². También se reitera la jurisdicción

¹¹¹⁰ Derecho Penal de la República del Pueblo de China, artículo 9. Disponible en <http://www.china.org.cn/english/government/207319.htm>

¹¹¹¹ Código Penal de 2000. Disponible en <http://www.refworld.org/type,LEGISLATION,NATLEGBOD,COL,3dbd1fd94,o.html>

¹¹¹² Président de l'Union, Décret No. 12-022 PR, 4 février 2012, Portant promulgation de la loi 11-022/au du 13 décembre 2011, portant du Mise en oeuvre du Statut de Rome ([http://www.iccnw.org/documents/0025_001 .pdf](http://www.iccnw.org/documents/0025_001.pdf)) (2012 ICC Act).

del Estado para conocer de delitos perpetrados fuera del territorio en el artículo 690 del Código Procesal Penal¹¹¹³.

CONGO

Legislación

Los crímenes internacionales están regulados en la “Loi du 8-98 de 31 de octubre de 1998 portant definition et repression du genocide, des crimes de guerre et des crimes contre l’humanité¹¹¹⁴”. El artículo 6 contiene el crimen de lesa humanidad, y el 7 le impone al mismo la pena de muerte. Es interesante también ver cómo en las disposiciones comunes y finales se articula el carácter imprescriptible de estos crímenes así como la aplicación retroactiva de las disposiciones de esta ley.

Artículo 611 del Código Procesal Penal de 1963¹¹¹⁵:

“Article 611

Quiconque s'est, sur le territoire de la République, rendu complice d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger peut être poursuivi et jugé par les juridictions congolaises si le fait est puni à la fois par la loi étrangère et par la loi congolaise, à la condition que le fait qualifié crime ou délit ait été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère”.

COREA DEL SUR

Legislación

El artículo 3 de la Ley sobre el Castigo (...) de Crímenes bajo la jurisdicción de la CPI establece que la ley coreana será de aplicación a cualquier extranjero que cometa uno de estos crímenes fuera del territorio de Corea siempre y cuando sea hallado posteriormente allí¹¹¹⁶. Sin perjuicio de la promulgación de leyes domésticas que faciliten la aplicación del *aut dedere aut judicare*, la Constitución coreana reconoce la aplicación directa del derecho convencional por parte de los tribunales coreanos si bien es cierto que no hay constancia de la ratificación de ningún instrumento convencional que castigue un subtipo de crimen de lesa humanidad.

COSTA RICA

Legislación

¹¹¹³ Disponible en https://www.unodc.org/tldb/pdf/Comores_code_procedure_pnale.pdf

¹¹¹⁴ Disponible en [http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/6fa4d35e5e3025394125673e00508143/f6e4ccb25a888709c125707e0040daoc/\\$FILE/Genocide - Congo - FR.pdf](http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/6fa4d35e5e3025394125673e00508143/f6e4ccb25a888709c125707e0040daoc/$FILE/Genocide - Congo - FR.pdf)

¹¹¹⁵ Disponible en <https://www.unodc.org/tldb/showDocument.do?documentUid=792&country=PRC&language=FRE>

¹¹¹⁶ Información extraída de las Observaciones de Corea sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

El Código Penal costarricense de 2003, reconoce, en efecto, la obligación de castigar algunos de los más graves crímenes internacionales. En lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad, la regulación es bastante caótica. Por un lado, se hace referencia expresa a algunos subtipos de crímenes contra la Humanidad como la esclavitud, y por otro, incorpora una cláusula abierta con remisión a los convenios internacionales suscritos por Costa Rica. En tanto que parte en la Convención contra el Apartheid, se desprende que la obligación de juzgar se aplica también al mismo.

“Delitos internacionales.

Artículo 7º. Independientemente de las disposiciones vigentes en el lugar de la comisión del hecho punible y de la nacionalidad del autor, se penará, conforme a la ley costarricense, a quienes cometan actos de piratería o actos de genocidio; falsifiquen monedas, títulos de crédito, billetes de banco y otros efectos al portador; tomen parte en la trata de esclavos, mujeres o niños; se ocupen del tráfico de estupefacientes o de publicaciones obscenas; asimismo, a quienes cometan otros hechos punibles contra los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, previstos en los tratados suscritos por Costa Rica o en este Código¹¹¹⁷”.

(Así reformado por el artículo 1º de la Ley N°8272 de 2 de mayo de 2002).

Existe, sin embargo, un Proyecto de ley (16272) para modificar el Título XVIII del Código Penal (Delitos contra Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario), que tipifica siguiendo el modelo del Estatuto de Roma el delito de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra ¹¹¹⁸. Asimismo, se incorpora a este proyecto un reconocimiento del *aut dedere aut judicare* para los delitos de competencia de la CPI en los siguientes términos:

“ Artículo 415.3:

La jurisdicción nacional no se ejercerá cuando:

Tratándose de crímenes o delitos cuyo juzgamiento sea jurisdicción de la Corte Penal Internacional:

(...)

b. Se solicite la extradición por parte del Estado competente al amparo de Tratados o Convenciones internacionales vigentes para la República”.

¹¹¹⁷ Código Penal según la enmienda de la Ley 8272. Disponible en http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=68813&strTipM=TC

¹¹¹⁸ En la actualidad, en la Comisión Especial de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa para su correspondiente estudio y dictamen.

Además, este proyecto prohíbe la aplicación de indultos o amnistías a estos delitos¹¹¹⁹.

CUBA

Legislación

El Código Penal cubano de 1987 incluye una disposición especial para los crímenes de lesa humanidad. El reconocimiento del *aut dedere aut judicare* aquí puede inferirse de la fórmula utilizada para incorporar lo que, en un principio, puede parecer el reconocimiento de la aplicación extraterritorial de la ley cubana. Sin embargo, siguiendo el razonamiento previamente expuesto, la inclusión del condicionamiento de la no extradición para su aplicación parece sugerir que se está haciendo referencia implícita a la jurisdicción penal para conocer de estos crímenes.

Artículo 5.3: “La ley penal cubana es aplicable a los extranjeros y personas sin ciudadanía no residentes en Cuba que cometan un delito en el extranjero, si se encuentran en Cuba y no son extraditados, tanto si residen en el territorio del Estado en que se perpetran los actos como en cualquier otro Estado y siempre que el hecho sea punible también en el lugar de su comisión. Este último requisito no es exigible si el acto constituye un delito contra los intereses fundamentales, políticos o económicos, de la República, o contra la humanidad, la dignidad humana o la salud colectiva, o es perseguible en virtud de tratados internacionales¹¹²⁰”.

REPUBLICA CHECA

Legislación

La obligación de extraditar o juzgar está recogida en una disposición específica en el Código Penal checo de 2009. Sin embargo, al ser una disposición de alcance general aplicable no solo a los más graves crímenes internacionales sino a cualquier delito recogido en el Código Penal, se incorpora el requisito de la doble tipicidad como condición para el enjuiciamiento (o aplicación de la ley checa, ya que también en este caso, el *aut dedere aut judicare* debe inferirse de una interpretación conjunta de la referencia a la aplicación extraterritorial de la ley penal checa y la referencia indirecta al carácter obligatorio de la jurisdicción): “the offender is apprehended on the territory of the Czech Republic and was not extradited or surrendered for criminal prosecution to a foreign State or other subject authorised to criminal

¹¹¹⁹ Observaciones de Costa Rica sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010).

¹¹²⁰ Código Penal de 1987, artículo 5.3. Disponible en http://www.gacetaoficial.cu/html/codigo_penal.html - lt2

prosecution¹¹²¹". El crimen de lesa humanidad está recogido en el artículo 401.

REPUBLICA DEMOCRATICA DEL CONGO

Legislación

El crimen de lesa humanidad, castigado con la muerte, está recogido de manera un tanto confusa bajo el epígrafe de la Sección 2: "Des crimes contre l'humanité". En efecto, en el artículo que encabeza esta sección (artículo 165) se regulan los crímenes de guerra en términos imprecisos: "Les crimes contre l'humanité sont des violations graves du droit international humanitaire commises contre toutes populations civiles avant ou pendant la guerre. Les crimes contre l'humanité ne sont pas nécessairement liés à l'état de guerre et peuvent se commettre, non seulement entre personnes de nationalité différente, mais même entre sujets d'un même Etat¹¹²²". No es hasta el artículo 169 que encontramos un desarrollo más cercano al concepto de crimen de lesa humanidad según el derecho internacional general, aunque incluye variaciones con respecto al contenido de este delito en el Estatuto de Roma.

Para la regulación de la jurisdicción hay que acudir, sin embargo, al Código Penal ordinario de 2004, cuyo artículo 3 reconoce la jurisdicción extraterritorial del Congo y su posibilidad de ejercerla si no se procede a la extradición:

"Toute personne qui, hors du territoire de la République Démocratique du Congo, s'est rendue coupable d'une infraction pour laquelle la loi Congolaise prévoit une peine de servitude pénale de plus de deux mois, peut être poursuivie et jugée en République Démocratique du Congo, sauf application des dispositions légales sur l'extradition¹¹²³".

Además la acción penal debe ser iniciada obligatoriamente por el Ministerio Fiscal.

DINAMARCA

Legislación

En tanto que los documentos legislativos relevantes no están disponibles en inglés, las conclusiones acerca de la incorporación interna de la obligación de extraditar o juzgar en relación a los crímenes de lesa humanidad debe extraerse,

¹¹²¹ (1) The Czech law shall be applied to determine the liability to punishment for an act committed abroad by a foreign national or a stateless person with no permanent residence permit on the territory of the Czech Republic, if:

a) the act is also punishable under the law in force on the territory where it was committed; and

b) the offender is apprehended on the territory of the Czech Republic and was not extradited or surrendered for criminal prosecution to a foreign State or other subject authorised to criminal prosecution. Disponible en

http://www.un.org/depts/.../CZE_criminal_code_2010.pdf

¹¹²² Código Penal Militar de 2002, disponible en <http://www.leganet.cd/Legislation/DroitJudiciaire/Loi.024.2002.18.11.2002.pdf>. En el mismo sentido, identificando los crímenes de lesa humanidad con las violaciones de los Convenios de Ginebra, véase el artículo 166.

¹¹²³ Código Penal de 2004. Disponible en <http://www.refworld.org/publisher,NATLEGBOD,LEGISLATION,COD,47303b9e2,o.html>

necesariamente, de las informaciones recibidas por el Secretario General de Naciones Unidas en la 65 Asamblea cuyo tema era “El alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal”.

Así, en este informe nacional, Dinamarca alude a la disposición clave para responder a esta pregunta: “under section 8, s 1, no. 5, of the Danish Criminal Code, cf. (consolidation) Act no. 1034 of 29 October 2009, Denmark has jurisdiction when an act is covered by an international provision under which Denmark is obliged to have criminal jurisdiction. This provision aims at implementing Denmark’s treaty obligations regarding inter alia war crimes and other serious crimes under international law. In addition, the provision establishes Danish jurisdiction where Denmark may be obliged to have criminal jurisdiction under UN Security Council resolutions and decisions or directives adopted by the Council of the European Union¹¹²⁴”.

Se puede inferir del texto anterior que existe la obligación de juzgar en relación a los más graves crímenes internacionales. Si bien es cierto que el establecimiento de la jurisdicción obligatoria se hace por remisión a las obligaciones que hubiera adquirido Dinamarca en virtud del derecho internacional, no se limita a las obligaciones derivadas de tratado o convenio. Por ello resulta posible afirmar la naturaleza obligatoria de la jurisdicción de los tribunales nacionales para los crímenes de lesa humanidad, en virtud del derecho consuetudinario. Una vez constatada la naturaleza obligatoria del enjuiciamiento, de la interpretación conjunta del apartado 5 y 6 de este mismo artículo (que reconoce la jurisdicción de los tribunales daneses si no se procede a la extradición), puede deducirse la existencia de la obligación de extraditar o juzgar para los más graves crímenes internacionales. Así, según el representante danés, “Section 8, s 1, no.6 of the Criminal Code establishes Danish jurisdiction where extradition of a person for prosecution in another country is rejected, and the act, provided it has been committed within the territory of a foreign state, is punishable according to the law of the state in which it was committed (dual criminality), and the act is punishable under Danish law and may be sanctioned with a sentence longer than imprisonment for one year¹¹²⁵”.

El artículo 8a¹¹²⁶ corrobora el reconocimiento de la jurisdicción danesa para los crímenes internacionales, siempre y cuando el presunto autor se encuentre en el territorio.

DJIBOUTI

Legislación

¹¹²⁴ Observaciones de Dinamarca sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010). Disponible en http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Denmark.pdf

¹¹²⁵ *Id.*

¹¹²⁶ *Id.* “Section 8^a of the Danish Criminal Code provides that an act committed outside the territory of the Danish State is subject to Danish criminal jurisdiction where the act is covered by the Statute of the International Criminal court, provided that the act has been committed by a person who is a Danish national or has his abode or residence in Denmark, or by a person who is present in Denmark at the time when charges are raised”. I

El crimen de lesa humanidad está regulado en el artículo 483 sin seguir el modelo del Estatuto de Roma: “La déportation, la réduction en esclavage ou la pratique massive et systematique d’exécutions sommaires, d’enlèvements de personnes suivis de leur disparition, de la torture ou des actes de barbari, inspirées par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux et organisés à l’encontre d’un groupe de population civile emportent la peine de la réclusion criminelle à perpétuité¹¹²⁷”.

La única referencia a la jurisdicción extraterritorial de los tribunales de Djibouti se puede encontrar en el artículo 15, pero se trata del reconocimiento de una jurisdicción dispositiva y basada en el principio de personalidad activa.

REPUBLICA DOMINICANA

Legislación

El artículo 56 del Código Procesal Penal establece en su segundo párrafo que “Es competencia de los tribunales nacionales, independientemente del lugar de su comisión, juzgar los casos que constituyan genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, siempre que el imputado resida, aún temporalmente, en el país o los hechos se haya cometido en perjuicio de nacionales¹¹²⁸”. Se reconoce, por ende, la jurisdicción de los tribunales nacionales para conocer de los más graves crímenes internacionales cometidos en cualquier Estado cumpliéndose la condición de la presencia del acusado en el territorio.

Los crímenes de lesa humanidad no cuentan con una disposición que los desarrolle, pero en el artículo 49 se puede hallar una remisión al derecho convencional que, en tanto que la República Dominicana es parte en el Estatuto de Roma, se remite en última instancia a él.

ECUADOR

Legislación

El artículo 18 del Código Penal ecuatoriano establece que: “Están sujetos a la jurisdicción penal del Ecuador: 6) Los ecuatorianos o extranjeros que cometan delitos contra el Derecho Internacional o previstos en Convenios o Tratados Internacionales vigentes, siempre que no hayan sido juzgados en otro Estado¹¹²⁹”.

Por consiguiente, se reconoce la jurisdicción extraterritorial ecuatoriana para

¹¹²⁷ “ Código Penal de 1998.

Disponible en https://www.unodc.org/tldb/pdf/Djibouti/DJI_Crim_Code_1995_FR.pdf

¹¹²⁸ Código Procesal Penal de 2007

Disponible en http://www.suprema.gov.do/PDF_2/codigos/Codigo_Procesal_Penal.pdf

¹¹²⁹ Código Penal de 2000. Disponible en http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cpp-ro36os.html

el enjuiciamiento de crímenes de lesa humanidad en aplicación directa del derecho internacional (convencional o consuetudinario). No se ha incorporado al Código Penal de 1971 el crimen de lesa humanidad.

EGIPTO

Legislación

El artículo 151 de la Constitución de 1971, ahora abolida, afirmaba que los tratados “shall have the force of law after their conclusion, ratification and publication according to the established procedure”.

Tras la revolución de 2011, en el contexto de la Primavera Árabe, el Consejo Militar que tomó el poder en Egipto, abolió la Constitución de 1971. Se introdujeron algunas modificaciones a la misma, que fueron sometidas a referéndum, y el 30 de marzo de 2011, con el fin de evitar el vacío constitucional, el Consejo Militar publica una nueva declaración constitucional. Las modificaciones estuvieron fundamentalmente dirigidas a establecer las bases para la elección de un nuevo sistema de gobierno, para cuya dirección fueron elegidos los Hermanos Musulmanes. En diciembre de 2012, se aprueba, precipitadamente y por referéndum, una nueva Constitución con un claro carácter islámico. Esta nueva constitución no garantiza, según las denuncias de las organizaciones de derechos humanos, el respeto a los derechos fundamentales y, entre otras cosas, no prohíbe los procesos militares contra civiles¹¹³⁰. Ante la nueva oleada de violencia y nueva toma del poder de los militares, no hay alternativa a la espera, al menos hasta que la situación se calme y se establezca una Constitución y ordenamiento jurídico permanente.

EMIRATOS ÁRABES

Legislación

Se reconoce en el artículo 125 de la Constitución el deber del Gobierno de los Emiratos de tomar las medidas oportunas para implementar las leyes necesarias para cumplir con las obligaciones de los tratados y convenios suscritos¹¹³¹. El derecho penal en los Emiratos Árabes está regulado en la Ley Federal de 2005, a la cual no se ha podido tener acceso en idioma conocido. No se ha podido acceder a la regulación sobre la jurisdicción extraterritorial para estos u otros crímenes.

¹¹³⁰ FIDH, Deux ans après la révolution, la protection des droits fondamentaux des citoyens est toujours inexistante, 13 de enero 2013. Disponible en <http://www.fidh.org/Egypte-Deux-ans-apres-la-12790>

¹¹³¹ Constitución de los Emiratos Árabes de 1971, artículo 125. Disponible en <http://www.refworld.org/publisher,NATLEGBOD,LEGISLATION,ARE,48eca8132,o.html>:

The Governments of the Emirates shall undertake the appropriate measures to implement the laws promulgated by the Union and the treaties and international agreements concluded by the Union, including the promulgation of the local laws, regulations, decisions and orders necessary for such implementation. The Union authorities shall supervise the implementation by Emirate's Governments of the Union laws, decisions, treaties, agreements and Union judgements. The competent administrative and judicial authorities in the Emirates should forward to the Union authorities all possible assistance in this connection.

EL SALVADOR

Legislación

El Código Penal de 2010 reconoce en su artículo 10 el alcance extraterritorial de la ley penal salvadoreña “a los delitos cometidos por cualquier persona en un lugar no sometido a la jurisdicción salvadoreña, siempre que ellos afectaren bienes protegidos internacionalmente por pactos específicos o normas del derecho internacional o impliquen una grave afectación a los derechos humanos reconocidos universalmente¹¹³²”. Nada se especifica acerca de la jurisdicción extraterritorial para conocer de estos crímenes.

En el artículo 363 parecen estar regulados conjuntamente los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad:

“El civil no sujeto a la jurisdicción militar, que violare los deberes de humanidad con los prisioneros o rehenes de guerra o heridos a consecuencia de la misma, o con los que estuvieren en los hospitales o lugares destinados a heridos y el que cometiere cualquier acto inhumano contra la población civil, antes, durante o después de acciones de guerra, será sancionado con prisión de cinco a veinte años¹¹³³”.

ESLOVAQUIA

Legislación

El artículo 425 del Código Penal eslovaco, tipifica, bajo el título de “Brutalidad”, los crímenes de lesa humanidad, con remisión al Estatuto de Roma¹¹³⁴. En la sección 5a de este mismo instrumento, se reconoce la aplicación extraterritorial de la ley eslovaca a los crímenes de lesa humanidad pero no se ha hallado un artículo que específicamente regule el carácter obligatorio de la jurisdicción doméstica para estos delitos.

¹¹³² Código Penal de 2010, disponible en <http://www.pgr.gob.sv/documentos/CodigoPenal.pdf>

¹¹³³ *Id.* Artículo 363.

¹¹³⁴ Section 425
Brutality

(1) Any person who commits an act against civilian population that is deemed to be a crime against humanity under Article 7 of the Rome Statute of the International Criminal Court shall be liable to a term of imprisonment of twelve to twenty-five or to life imprisonment.

(2) The offender shall be liable to life imprisonment if he commits the offence referred to in paragraph 1,

a) and causes grievous bodily harm or death to several persons or other particularly serious consequence through its commission, or

b) in retaliation

Código Penal de 2005, disponible en legislationline.org/download/action/.../id/.../Slovakia_CC_2005_en.pdf

ESLOVENIA

Legislación

El artículo 101 del Código Penal de 2008, que incorpora la definición de crimen de lesa humanidad del Estatuto de Roma, lleva aparejada una pena de prisión de al menos 15 años. El artículo 13.2 articula la aplicación extraterritorial de la ley penal en los siguientes términos:

“The Penal Code of the Republic of Slovenia shall also be applicable to any foreign citizen who has, in a foreign country, committed a criminal offence against a third country or any of its citizens if he has been apprehended in the territory of the Republic of Slovenia, but was not extradited to the foreign country. In such cases, the court shall not impose a sentence on the perpetrator heavier than the sentence prescribed by the law of the country, in which the offence was committed¹¹³⁵”.

A pesar de que la referencia al requisito de “siempre y cuando no haya sido extraditado” pueda ofrecer algunas pistas sobre la formación del reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar, no es posible inferir su incorporación de la letra de la presente disposición. De hecho, en el Código Procesal Penal, la regulación del instituto de la extradición deja ver que no se ha alcanzado aún el reconocimiento del *auto dedere auto judicare* como obligación jurisdiccional en virtud del derecho internacional, en lo relativo a los más graves crímenes internacionales:

“(2) The Minister of Justice shall not permit the extradition of a foreigner if the latter enjoys the right of asylum in the Republic of Slovenia, if a political or military offence is involved or an international treaty with the country demanding the extradition does not exist. He may decline extradition if a criminal offence punishable by up to three years imprisonment is involved, or if a foreign court had imposed a sentence for a prison term of up to one year¹¹³⁶”.

ERITREA

Legislación

El artículo 17 del Código Penal Transicional de Eritrea de 1957 regula la aplicación extraterritorial del derecho penal nacional en el ámbito de los crímenes internacionales en términos de remisión al derecho convencional:

“Art. 17. Offences committed in a foreign country against International Law or Universal Order.

(1) Any person who has committed in foreign country:

(a) an offence against international law or an international offence specified

¹¹³⁵ Código Penal de 2008- Disponible en http://zakonodaja.gov.si/rpsi/ro5/predpis_ZAKO905.html; (English translation) (http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=180880

¹¹³⁶ Artículo 530.2 Código Procesal Penal de 2007- Disponible en <http://www.policija.si/eng/images/stories/.../CriminalProcedureAct2007.pdf>

in Ethiopian legislation, or an international treaty or a convention to which Ethiopia has adhered: or

(b) an offence against public health or morals specified in Artic 510, S67, 605, 606, 609 or 610 of this Code. Shall be liable to trial in Ethiopia in accordance with the provisions of this Code and subject to the general condition mentioned hereinafter (Art. 19 and 20 (2)) unless he has been prosecuted in the foreign country(...)1137”.

En el ámbito sustantivo, la prohibición de la esclavitud se desarrolla en el artículo 565.

El Código Procesal Penal transicional de 1961 contiene, sin embargo, una interesante regulación de la jurisdicción de Eritrea para conocer de los crímenes de lesa humanidad. En concreto, y a los efectos que aquí interesan, se establece que el enjuiciamiento de la esclavitud compete al Alto Tribunal1138.

ESPAÑA

Legislación

La tipificación del crimen de lesa humanidad en España se realizó de manera coetánea a la aprobación de la Ley Orgánica 18/2003 de 10 de diciembre de Cooperación con la Corte Penal Internacional. Fue la reforma del Código Penal, mediante la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre la que introdujo el artículo 607 *bis* que regula este crimen apartándose de la letra exacta del Estatuto de Roma. Así, entre las diferencias más destacables entre ambas fórmulas, conviene notar que el Código Penal español omite cuatro de los subtipos de crímenes de lesa humanidad que sí incorpora el Estatuto de la CPI: el apartheid, la persecución, el exterminio y la cláusula abierta de “otros actos inhumanos1139.

La regulación de la jurisdicción también se ha visto sometida a importantes reformas, entre las que destaca, a efectos de este trabajo, la que en 2009 modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985. En concreto, el apartado 4 del artículo 23 recogía, hasta su reforma en 2009 a través de la LO 1/2009, de 2 de noviembre, complementaria a la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial1140, el

1137 Código Penal Transicional de Eritrea de 1957. Disponible en <http://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain?docid=49216a0a2>

1138 Código Procesal Penal Transicional de Eritrea de 1961. Disponible en <http://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain?docid=492163ac2>

1139 El crimen de lesa humanidad está castigado de manera desglosada a lo largo de 10 apartados que imponen una pena a cada uno de los subapartados. Véase artículo 607 bis Código Penal de 1995. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/ Penal/lo10-1995.l2t24.html - a607b

1140 BOE núm 266 de 4 de noviembre de 2009. (17492).

principio de jurisdicción universal respecto de determinados delitos en los siguientes términos:

“Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos: a. Genocidio, b. Terrorismo, c. Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, d. Falsificación de moneda extranjera, e. Los relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces, f. Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas tóxicas y estupefacientes, g. Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores, h. Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España. i. Y cualquier otro que, según los Tratados o Convenios internacionales, deba ser perseguido en España.”

De una rápida lectura se infiere que el crimen de lesa humanidad no estaba incluido entre los delitos a los que el legislador había decidido aplicar el principio de jurisdicción universal. Tras la reforma de 2009 esto cambia y este crimen internacional queda positivizado en el mismo apartado que el genocidio. El texto de artículo 23.4 queda redactado como sigue:

“Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio y lesa humanidad.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de Derecho Internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, *deba ser perseguido en España*.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos *deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva*, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre

los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior”.

Son varios los elementos contenidos en esta nueva regulación que nos inducen a pensar que lo que el legislador ha querido cristalizar en esta nueva versión del principio de jurisdicción universal no es otra cosa que la obligación de extraditar o juzgar. En efecto, aunque el encabezado del artículo parece definir el contenido del mismo en términos dispositivos (o de reconocimiento de la jurisdicción sin que su efectivo ejercicio tenga carácter obligatorio), la cláusula abierta con la que termina el apartado h, y que hace referencia a todas las anteriores (cualquier otra que...) indica de manera clara que la jurisdicción objeto de regulación es una jurisdicción obligatoria (...*deba* ser perseguido en España). Sin embargo, es el segundo párrafo el que resulta clave para inferir el reconocimiento de la obligación alternativa de la letra de la ley. Obviando las referencias al principio de personalidad pasiva y principio real que también se incorporan, el reconocimiento de obligación de extraditar o juzgar se pone de manifiesto mediante la inclusión de sus requisitos definitorios: la presencia del acusado en el territorio y la imposibilidad de extraditar a otro país o tribunal internacional competente.

ESTONIA

Legislación

El apartado 8 del Código Penal de 2007 reconoce la aplicación extraterritorial de la ley penal de Estonia a los casos en los que la obligación de enjuiciamiento se derive del derecho convencional, lo cual excluye a los crímenes de lesa humanidad como categoría pero permite, en tanto que Estonia es parte en los Convenios contra el Apartheid y la Convención contra la Tortura, afirmar que, con respecto a ciertos subtipos de crímenes de lesa humanidad, existe la obligación de juzgar.

“§ 8. Applicability of penal law to acts against internationally protected legal rights

Regardless of the law of the place of commission of an act, the penal law of Estonia shall apply to an act committed outside the territory of Estonia if the punishability of the act arises from an international agreement binding on Estonia¹¹⁴¹”.

Este instrumento jurídico recoge una versión propia del crimen de lesa humanidad:

“89. Crimes against humanity

Systematic or large-scale deprivation or restriction of human rights and freedoms, instigated or directed by a state, organisation or group, or killing, torture, rape, causing health damage, forced displacement, expulsion, subjection to prostitution, unfounded deprivation of liberty, or other abuse of civilians, is punishable by 8 to 20 years’ imprisonment or life imprisonment”.

No se encontró, en el Código Procesal de 2003 referencia alguna a la naturaleza de la jurisdicción extraterritorial de Estonia para los crímenes de lesa humanidad.

¹¹⁴¹ Código Penal de 2007. Disponible en <http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1280/file/4d16963509db70c09d23e52cb8df.htm/preview>

ETIOPÍA

Legislación

El artículo 17.1 del Código Penal etíope de 2005 reconoce el alcance extraterritorial del derecho penal doméstico en los casos de graves crímenes internacionales. En tanto que se remite al derecho internacional general para su concreción, los crímenes de lesa humanidad, a pesar de no haberse concretizado aún en un instrumento convencional, quedan incluidos:

“Article 17.-Crimes Committed Outside Ethiopia Against International Law or Universal Order.

(1) Any person who has committed outside Ethiopia:

(a) a crime against international law or an international crime specified in Ethiopian legislation, or an international treaty or a convention to which Ethiopia has adhered; or

(b) a crime against public health or, morals specified in Articles 525, 599, 635, 636, 640 or 641 of this Code; shall be liable to trial, in Ethiopia in accordance with the provisions of this Code and subject to the general conditions mentioned hereinafter (Arts. 19 and 20(2)) unless a final judgment has been given after being prosecuted in the foreign country¹¹⁴²”.

FIJI

Legislación

El “Crimes Decree” de 2009 de Fiji es el instrumento legislativo por el que se rige la ley penal en Fiji. El crimen de lesa humanidad, siguiendo el modelo del Estatuto de Roma, está regulado a lo largo de 15 artículos (82-97) con penas entre 17 años y cadena perpetua. En el artículo 99 se reconoce el alcance extraterritorial de la ley penal pero no se hace referencia a la obligación de extraditar o juzgar. El principio de subsidiariedad de la jurisdicción de la CPI para los crímenes de su competencia se desglosa de manera inequívoca en el artículo 76¹¹⁴³.

FILIPINAS

Legislación

En 2009, se promulga en Filipinas la Ley de Crímenes contra el Derecho Internacional, una norma que incorpora a la legislación interna la prohibición y castigo de los más graves crímenes internacionales. El crimen de lesa humanidad queda positivizado en el artículo 6, siguiendo el modelo del Estatuto de Roma. La naturaleza de la jurisdicción de los tribunales filipinos para conocer de estos crímenes debe extraerse del análisis del artículo 17.

¹¹⁴² Código Penal de 2005. Disponible en <http://www.refworld.org/publisher,NATLEGBOD,LEGISLATION,ETH,49216b572,o.html>

¹¹⁴³ Crimes Decree 2009.

Disponible en http://www.icrc.org/ihlnat_nsf/o/Fo6E3B35E68C27CEC12576BA0050D040

Esta disposición reconoce la obligación de extraditar o juzgar en su sentido más puro, al establecer la obligación que tiene el Estado de ejercer su jurisdicción sobre personas sospechosas de haber cometido alguno de los crímenes regulados en el texto legislativo, independientemente del lugar de la comisión (b) a menos que proceda a la extradición o entrega a un tribunal internacional competente¹¹⁴⁴.

FINLANDIA

Legislación

La sección 7 del capítulo I reconoce que Finlandia tiene, en virtud del derecho convencional, la obligación de juzgar los más graves crímenes internacionales¹¹⁴⁵. Se remite, por tanto, al contenido del convenio en cuestión

¹¹⁴⁴ Ley de Crímenes contra el Derecho Internacional de 2009.

Disponible en

http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.redcross.org.ph%2Fpdfs%2Fpublic-act-9851-%28ihl-act%29.pdf&ei=2wEuUs35HYaOtQbV_ID4DQ&usq=AFQjCNGltF59IprRjVio-TMZA VbB8P3Hw&sig2=ecoYrO33ttrJ13gHf68VZQ&bvm.

El artículo 15 resulta también interesante porque incorpora las fuentes a tener en cuenta a la hora de interpretar y aplicar la ley, incluyendo entre las mismas, no solo los tratados internacionales ratificados sino el derecho consuetudinario y las decisiones de los órganos judiciales internacionales.

¹¹⁴⁵ Código Penal de 2008 y Decree sobre la aplicación del Capítulo 1, sección 76 del Código Penal (627/1996) disponible en <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>. El crimen de lesa humanidad y su versión agravada han sido incorporadas al Código Penal finlandés en los siguientes términos: Section 3 - Crime against humanity

A person who, as part of a broad or systematic assault on civilian population,

1) kills or enslaves another, subjects him or her to trade by offer, purchase, sale or rent, or tortures him or her, or in another manner causes him or her considerable suffering or a serious injury or seriously harms his or her health or destroys a population by subjecting it or a part thereof to destructive living condition or in another manner,

2) deports or forcibly transfers population lawfully residing in an area,

3) takes a person as a prisoner or otherwise deprives him or her of his or her liberty in violation of fundamental provisions of international law or causes the involuntary disappearance of a person who has been deprived of his or her liberty,

4) rapes another, subjects him or her to sexual slavery, forces him or her into prostitution, pregnancy or sterilization or commits other corresponding aggravated sexual violence against him or her,

5) engages in racial discrimination or persecutes a recognizable group or community on the basis of political opinion, race, nationality, ethnic origin, culture, religion or gender or on other comparable grounds, shall be sentenced for a crime against humanity to imprisonment for at least one year or for life.

An attempt is punishable.

Section 4 – Aggravated crime against humanity

If in a crime against humanity

(1) the offence is directed against a large group of persons,

(2) the offence is committed in an especially brutal, cruel or degrading manner or

(3) the offence is committed in an especially planned or systematic manner, and the offence is aggravated also when assessed as a whole, the offender shall be sentenced for an aggravated crime against humanity to imprisonment for at least eight years or for life.

(2) An attempt is punishable.

para definir el alcance y formulación exacta de esta obligación, que, en la mayor parte de los casos, asume la forma de la obligación de extraditar o juzgar.

FRANCIA

Legislación

Los crímenes contra la humanidad están regulados en el Código Penal francés de 2011 bajo el subtítulo “Crímenes contra la humanidad”, que comprende el genocidio, los crímenes de guerra y los propiamente dichos crímenes de lesa humanidad. En concreto, el artículo 212-1, tras establecer que su comisión lleva aparejada la cadena perpetua incorpora la fórmula del Estatuto de Roma para definir este crimen internacional¹¹⁴⁶.

La regulación jurisdiccional de los tribunales franceses para conocer de estos crímenes está regulada en el artículo 689-1 del Código Procesal Penal en los siguientes términos:

“Peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises toute personne qui réside habituellement sur le territoire de la République et qui s'est rendue coupable à l'étranger de l'un des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale en application de la convention portant statut de la Cour pénale internationale signée à Rome le 18 juillet 1998, si les faits sont punis par la législation de l'Etat où ils ont été commis ou si cet Etat ou l'Etat dont elle a la nationalité est partie à la convention précitée.

La poursuite de ces crimes ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public si aucune juridiction internationale ou nationale ne demande la remise ou l'extradition de la personne. A cette fin, le ministère public s'assure auprès de la Cour pénale internationale qu'elle décline expressément sa compétence et vérifie qu'aucune autre juridiction internationale compétente pour juger la personne n'a demandé sa remise et qu'aucun autre Etat n'a demandé son extradition¹¹⁴⁷”.

Si del primer párrafo parece desprenderse un simple reconocimiento de la jurisdicción extraterritorial de las cortes francesas para los casos de crímenes internacionales, del segundo párrafo podemos inferir que la intención del legislador era la de incorporar el reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar. En efecto, aunque se exige que la apertura del procedimiento se realice a instancia del Ministerio Fiscal, la condición de que no exista solicitud de extradición o de entrega por parte de algún tribunal internacional, otorga a la jurisdicción de los tribunales franceses la cualidad subsidiaria, de lo cual se

¹¹⁴⁶ Se trata de una disposición que acaba de ser modificada por la LOI n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France. Disponible en

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>

¹¹⁴⁷ Código Procesal Penal de 2010. Disponible en http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=833DA2D73EAD98D129D7C3E6B4DA9EEC.tpdjoo2v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006151920&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20130905

puede inferir también la existencia de una obligación alternativa de lucha contra la impunidad.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico francés exige que los acuerdos internacionales sean incorporados a la legislación interna. Así, los artículos 689-2 a 689-10 del mismo Código enumeran los instrumentos convencionales que pueden dar lugar a procedimientos los tribunales jueces franceses. En el ámbito de los crímenes de lesa humanidad, destacan las Convenciones contra la Tortura y contra la Desaparición forzada de personas.

En sentido similar, aunque con un carácter más declarativo de la competencia extraterritorial de los tribunales franceses, podemos hallar la “Loi n°95-1 du 2 janvier 1995 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991”, que incorpora, en su artículo 2 la siguiente afirmación:

“Art. 2. Les auteurs ou complices des infractions mentionnées à l'article 1er peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises s'ils sont trouvés en France. Ces dispositions sont applicables à la tentative de ces infractions, chaque fois que celle-ci est punissable. Toute personne qui se prétend lésée par l'une de ces infractions peut, en portant plainte, se constituer partie civile dans les conditions prévues par les articles 85 et suivants du code de procédure pénale, dès lors que les juridictions françaises sont compétentes en application des dispositions de l'alinéa précédent.

Le tribunal international est informé de toute procédure en cours portant sur des faits qui pourraient relever de sa compétence¹¹⁴⁸”.

GHANA

Legislación

A pesar de que no se encuentra en el Código Penal de 2003 ninguna regulación específica del crimen de lesa humanidad, en el artículo 56.4 del Courts Act de 1993 se establece la obligación de juzgar por remisión a los compromisos adquiridos en virtud de convenios o tratados firmados¹¹⁴⁹. En

¹¹⁴⁸ Disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000532676&dateTexte=&categorieLien=id>

¹¹⁴⁹ Artículo 56.4 del Courts Act de 1993: “Any person (whether a citizen of Ghana or not) is liable to be tried and punished in Ghana for the respective offence if he does an act which if done within the jurisdiction of the courts of Ghana would have constituted any of the following offences— n) any other offence which is authorised or required by a convention or treaty to which the Republic is a signatory to be prosecuted and punished in Ghana wherever the offence was committed”. Disponible en <http://ghanalegal.com/?id=3&law=116&t=ghana-laws>

tanto que Ghana es parte en las Convenciones contra la Tortura y contra el Apartheid, se puede inferir la obligación de juzgar para estos dos subtipos de crímenes de lesa humanidad.

GUATEMALA

Legislación

Aunque se pueden encontrar algunos subtipos de crímenes de lesa humanidad positivizados¹¹⁵⁰, en materia de jurisdicción extraterritorial, el artículo de referencia es el 5.5, que reconoce la obligación que Guatemala tiene de juzgar algunos crímenes internacionales, por remisión al derecho convencional:

“Este Código también se aplicará:

(...)

5. Por delito que, por tratado o convención, deba sancionarse en Guatemala, aún cuando no hubiere sido cometido en su territorio¹¹⁵¹”.

GUINEA ECUATORIAL

Legislación

Se reconoce en el artículo 14 de la Ley Orgánica de Organización del Poder Judicial que, en virtud de las obligaciones adquiridas mediante Acuerdos y Tratados Internacionales “debidamente ratificados por Guinea Ecuatorial, la jurisdicción ordinaria también podrá conocer de las causas por delitos y faltas cometidos fuera del territorio nacional¹¹⁵²”. Sin embargo, por otro lado, no hay ninguna disposición reguladora de los crímenes de lesa humanidad.

HAÍTÍ

Legislación

No se han hallado en la legislación haitiana referencias al crimen de lesa humanidad ni a la jurisdicción extraterritorial de Haití. La única disposición sobre la que se podría apoyar una eventual aplicación del *aut dedere aut judicare* es el artículo 267.2 de la Constitución, que afirma que: “Les Traités ou Accord Internationaux, une fois sanctionnés et ratifiés dans les formes prévues par la Constitution, font partie de la Législation du Pays et abrogent toutes les

¹¹⁵⁰ Véanse los artículos 201 bis (tortura), 201 ter (desaparición forzada) y 202 (esclavitud) del Código Penal de 1973. Disponible en <https://www.iberred.org/LEGISLACIÓN-codigo-penal>

¹¹⁵¹ *Id.*

¹¹⁵² Ley Orgánica de Organización del Poder Judicial de 2009, disponible en http://www.geneva-academy.ch/RULAC/national_legislation.php?id_state=80

Lois qui leur sont contraires¹¹⁵³”.

Haití es parte en las Convenciones contra la Tortura y contra el Apartheid.

¹¹⁵³ Constitución de la República de Haití de 1987, disponible en <http://www.refworld.org/publisher,NATLEGBOD,LEGISLATION,HTI,3ae6b5490,o.html>

HONDURAS

Legislación

Reconociendo que el crimen de lesa humanidad no ha sido incorporado al derecho interno, es preciso reconocer que el artículo 5 del Código Penal reconoce la jurisdicción extraterritorial de los tribunales hondureños “por delitos cometidos en el extranjero cuando el imputado se halle en Honduras y concurra alguna de las situaciones siguientes:

(...)

5. Cuando de conformidad con los convenios internacionales de que Honduras forme parte, el delito se encuentre sometido a la ley penal hondureña por razones distintas de las mencionadas en los numerales precedentes o lesione gravemente los derechos humanos universalmente reconocidos. Se dará preferencia, sin embargo, a la pretensión del Estado en cuyo territorio se haya cometido el hecho punible con tal que la haga valer antes de que se ejercite en el juzgado hondureño competente la respectiva acción penal¹¹⁵⁴”.

Además la fórmula disyuntiva elegida por el legislador introduce una fórmula abierta (o lesione gravemente los derechos humanos universalmente reconocidos) en la que puede subsumirse cualquier crimen de lesa humanidad. A ello es preciso añadir que el término imperativo que encabeza el presente artículo (“Los tribunales hondureños conocerán...”) sugiere que la obligación de juzgar para los más graves crímenes internacionales ha quedado consolidada en esta disposición.

INDIA

Legislación

La ley de extradición de 1962 contiene dos interesantes disposiciones de cara a dilucidar la incorporación de la obligación alternativa objeto de este trabajo a la legislación interna de la India. Así, mientras el artículo 34 reconoce el carácter extraterritorial de la ley penal y de la jurisdicción india para cierto tipo de crímenes, en el artículo 34.A se esboza la obligación de extraditar o juzgar en términos discrecionales:

“34.Extra territorial jurisdiction

An extradition offence committed by any person in a foreign State shall be deemed to have been committed in India and such person shall be liable to be prosecuted in India for such offence.

34-A.Prosecution on refusal to extradition

Where the Central Government is of the opinion that a fugitive criminal cannot be surrendered or return, pursuant to a request, for extradition from a

¹¹⁵⁴ Código Penal de 1983, artículo 5.5 (adicionado por Decreto 191-96 de 31 de octubre de 1996, vigente a partir del 28 de febrero 1997). Disponible en <http://www.poderjudicial.gob.hn/juris/Codigo%20s/Código%20Penal%2009%29.pdf>

foreign state, it may as it thinks fit, take steps to prosecute such fugitive criminal in India¹¹⁵⁵”.

Queda solo resolver la cuestión del alcance sustantivo de estas disposiciones. El código penal no hace referencia alguna a los crímenes de lesa humanidad y aunque la ley de extradición incluye en la lista de delitos a los que no es aplicable la excepción de delito político algunos actos que podrían ser constitutivos de crímenes de lesa humanidad, no se puede inferir de ello que el legislador estuviera pensando en positivizar la obligación de extraditar o juzgar para estos crímenes¹¹⁵⁶. Por ende, se puede afirmar el reconocimiento del alcance extraterritorial de la jurisdicción india mediante el enjuiciamiento de los subtipos que componen el crimen de lesa humanidad pero no el reconocimiento del alcance extraterritorial para el crimen de lesa humanidad en sentido estricto.

INDONESIA

Legislación

El compromiso de Indonesia con la lucha contra la impunidad en el ámbito de las violaciones de los derechos humanos se ha visto fortalecido desde que en el año 2000 se promulgara la Ley de Establecimiento de un Tribunal de Derechos Humanos *ad hoc*¹¹⁵⁷. Se trata de una ley que establece la creación de un tribunal especial para conocer de las violaciones de derechos humanos y que regula, en su artículo 9, el crimen de lesa humanidad¹¹⁵⁸. Sin embargo, el

¹¹⁵⁵ Ley de Extradición de 1962 (No. 34 de 1962). Disponible en <http://www.refworld.org/publisher,NATLEGBOD,LEGISLATION,IND,3ae6b57b4,o.html>

¹¹⁵⁶ Ver The Schedule (al final de la ley) “Offences which are not to be regarded as offences of a political character.”

¹¹⁵⁷ Ley n°. 26 del año 2000. Disponible en <http://hrli.alrc.net/mainfile.php/indonleg/132/>

¹¹⁵⁸ Artículo 9: “Crimes against humanity as referred to in Article 7 section b include any action perpetrated as a part of a broad or systematic direct attack on civilians, in the form of:

1. killing;
2. extermination;
3. enslavement;
4. enforced eviction or movement of civilians;
5. arbitrary appropriation of the independence or other physical freedoms in contravention of international law;
6. torture;
7. rape, sexual enslavement, enforced prostitution, enforced pregnancy, enforced
8. sterilization, or other similar forms of sexual assault;
9. terrorization of a particular group or association based on political views, race, nationality, ethnic origin, culture, religion, sex or any other basis, regarded universally as contravening international law;
10. enforced disappearance of a person; or
11. the crime of apartheid”.

alcance de la jurisdicción extraterritorial de este tribunal para conocer de los casos de crímenes de lesa humanidad se limita a aquellos presuntos crímenes cometidos por nacionales de Indonesia fuera del territorio del Estado, es decir, en virtud del principio de personalidad activa¹¹⁵⁹.

IRÁN

Legislación

Aunque no se regula específicamente el crimen de lesa humanidad en el Código Penal Islámico de la República de Irán de 1991, se reconoce en el artículo 8 la obligación de juzgar que afecta a los tribunales nacionales por remisión a los compromisos convencionales adquiridos, independientemente del lugar de la comisión del crimen o de la nacionalidad del presunto responsable o de la víctima¹¹⁶⁰. Véase desarrollo sobre el derecho islámico en los comentarios sobre Afganistán.

¹¹⁵⁹ Artículo 5.

¹¹⁶⁰ Artículo 8 del Código Penal Islámico de la República de Irán: “Regarding the offences, which, according to a special law or international conventions, the offender shall be prosecuted in the country s/he is found, if the offender is arrested in Iran s/he shall be prosecuted and punished in accordance with the laws of the Islamic Republic of Iran”. Disponible en <http://www.iranhrdc.org/english/human-rights-documents/iranian-codes/3200-islamic-penal-code-of-the-islamic-republic-of-iran-book-one-and-book-two.html> - .UimQsbxFSJs

IRAQ

Legislación

En lo que concierne a los más graves crímenes internacionales y al alcance de la jurisdicción doméstica para conocer de ellos, la regulación iraquí se enmarca dentro del Estatuto del Alto Tribunal Penal Iraquí, creado en 2005 para el enjuiciamiento de Saddam Hussein y otros funcionarios baasistas, acusados de graves violaciones de derechos humanos perpetradas durante los más de 30 años que estuvieron en el poder. En él, aunque con un alcance temporal limitado¹¹⁶¹, se reconoce el alcance extraterritorial de la jurisdicción iraquí para conocer, entre otros, de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el período señalado por ciudadanos iraquíes o extranjeros, independientemente del lugar de la comisión¹¹⁶². En cuanto al derecho sustantivo, el artículo 12 de este Estatuto incorpora letra por letra la tipificación de crimen de lesa humanidad contenida en el Estatuto de Roma, incluyendo las definiciones.

IRLANDA

Legislación

La ley de la Corte Penal Internacional de 2006 tipifica el crimen de lesa humanidad en su artículo 7 sin entrar a definirlo y sin establecer nada acerca del carácter de la jurisdicción de los tribunales nacionales para conocer de estos delitos¹¹⁶³.

ISRAEL

Legislación

Israel regula el crimen de lesa humanidad en la ley de castigo de los Nazis y sus colaboradores de 1950. En virtud de la misma, los tribunales israelíes tienen competencia para conocer de crímenes de lesa humanidad perpetrados durante

¹¹⁶¹ Creado para conocer de las más graves violaciones de derechos humanos perpetradas entre el 17 de julio de 1968 y el 1 de mayo de 2003.

¹¹⁶² Artículo 1, Sección 2: “The Court shall have jurisdiction over every natural person whether Iraqi or non-Iraqi resident of Iraq and accused of one of the crimes listed in Articles 11 to 14 below, committed during the period from July 17, 1968 and until May 1, 2003, in the Republic of Iraq or elsewhere, including the following crimes:

A. The crime of genocide;

B. Crimes against humanity;

C. War crimes

D. Violations of certain Iraqi laws listed in Article 14 below”. Estatuto del Alto Tribunal Penal Iraquí. Disponible en www.law.case.edu/.../IST_statute_official_english.pdf

¹¹⁶³ Ley de la Corte Penal Internacional de 2006.

Disponible en <http://www.irishstatutebook.ie/2006/en/act/pub/0030/>

la II Guerra Mundial y durante el tiempo que estuvo instaurado el régimen nazi, independientemente del lugar de la comisión de los crímenes, siempre que el acusado estuviera presente en el territorio¹¹⁶⁴. Además, la ley penal israelí de 1977 afirma la aplicación extraterritorial de la ley penal con el fin de cumplir con las obligaciones de enjuiciamiento que se desprendan de los instrumentos internacionales ratificados. En tanto que en el ámbito de los actos subsumibles en crímenes contra la humanidad Israel ha ratificado la Convención contra la tortura y el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1950, puede afirmarse que los tribunales domésticos israelíes tienen, en relación a la tortura y la esclavitud o trata de personas, la obligación de juzgar.

ITALIA

Legislación

Partiendo del análisis de la actualización del derecho sustantivo italiano al derecho penal internacional a través de la incorporación de los tipos penales correspondientes, es preciso notar que si bien es cierto que se pueden encontrar en el Código Penal italiano algunos subtipos del crimen de lesa humanidad positivizados, no puede hallarse una disposición que se ocupe de regular este grave crimen internacional de manera completa¹¹⁶⁵. Esta laguna ha quedado evidenciada aún con mayor claridad tras la aprobación de la ley para la incorporación del Estatuto de Roma de la CPI al derecho interno italiano en 2012¹¹⁶⁶. Como ha denunciado ya la doctrina, esta norma de cooperación con la CPI difícilmente puede ser materializada si el derecho sustantivo no ha sido aún adaptado al contenido del Estatuto de Roma¹¹⁶⁷.

¹¹⁶⁴ Ley de castigo a los Nazis y a los colaboradores de 1950, Ley 5710-1950, artículo 1. Disponible en http://www.mfa.gov.il/mfa/mfa-archive/1950-1959/pages/nazis_and_nazi_collaborators-punishment-law-571.aspx

¹¹⁶⁵ Entre los subtipos que deben ser destacados: los artículo 600-602, que tipifican la esclavitud y la trata de personas y los artículo 606 y 607 que regulan la detención ilegal. Código Penal de 1930. Disponible en <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36653>

¹¹⁶⁶ Legge 20 dicembre 2012, n. 237 (“Norme per l’adeguamento alle disposizioni dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale”).

Disponible en <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2012;237>

¹¹⁶⁷ Meloni, C., Il lento adeguamento dell'Italia allo statuto della Corte penale internazionale: pubblicata la legge sulla cooperazione giudiziaria con la Corte e sull'esecuzione dei suoi provvedimenti, *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 junio 2013: “(...) non tutti i crimini di competenza della Corte costituiscono infatti reato ai sensi della legislazione italiana. La maggior parte dei crimini di competenza della Corte, che integrano le “macrofattispecie” dei crimini di guerra, crimini contro l’umanità e genocidio, non sono in realtà previsti come tali nel nostro ordinamento. Non a caso una delle modifiche apportate durante l’ultima lettura in Senato è stata quella di eliminare dalla legge la condizione che per il riconoscimento di una sentenza di condanna della Corte (presupposto per la sua esecuzione in Italia) il fatto per cui è stata pronunciata la sentenza debba essere previsto come reato dalla legge italiana”. Disponible en

En cuanto a la regulación de la jurisdicción italiana para conocer de estos crímenes, es posible hallar un reconocimiento reiterado de la jurisdicción extraterritorial de los tribunales italianos y de la aplicación extraterritorial de su legislación interna. Así, en el artículo 7.5 del Código Penal se afirma que será castigado conforme a la ley italiana el ciudadano o extranjero que comete un delito al que le es de aplicación la ley italiana en virtud de disposiciones de ley especial o de convenios internacionales¹¹⁶⁸. El artículo 10 de este mismo instrumento recoge también la aplicación extraterritorial de la ley italiana a los delitos a partir de un mínimo de gravedad siempre y cuando se den una serie de condiciones: que la investigación se abra a solicitud del Ministerio Fiscal, que el acusado se encuentre en el territorio italiano y que no se haya procedido a la extradición. Parece remitirse esta construcción a la estructura de la obligación de extraditar o juzgar, con la diferencia de que no concurre aquí el elemento imperativo.

JAPÓN

Legislación

El artículo 4.2. del Código Penal de 1907 (modificado en 2006) establece la aplicación extraterritorial de la ley japonesa a aquellos delitos, que prohibidos por el Código Penal japonés, estén regulados mediante tratado o convenio internacional¹¹⁶⁹. A la luz de la práctica convencional japonesa y el contenido del Código Penal, en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad, la aplicación de la ley japonesa por remisión al derecho convencional se limita a los actos tipificados en la Convención contra la tortura y en el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1950.

JORDANIA

Legislación

Se reconoce la aplicación extraterritorial de la ley penal jordana para delitos cometidos fuera del territorio, incluso por extranjeros, siempre que el acusado

http://www.penalecontemporaneo.it/novita_legislative_e_giurisprudenziali/1-/1988-il_lento_adeguamento_dell_italia_allo_statuto_della_corte_penale_internazionale_pubblicata_la_legge_sulla_cooperazione_giudiziaria_con_la_corte_e_sull_esecuzione_dei_suoi_p

¹¹⁶⁸ En la práctica, las incorporaciones de los tratados internacionales que incluían regulaciones de la jurisdicción de carácter obligatorio (como la Convención contra la Tortura, que positiviza el *aut dedere aut judicare* en su artículo 7) al derecho italiano interno han incorporado ulteriores limitaciones que minan el espíritu de la letra de la Convención. Así, el artículo 3 de la ley 498 de 3 de noviembre de 1988 de ratificación y ejecución de la Convención contra la Tortura, condiciona el enjuiciamiento a la solicitud del Ministerio de Justicia.

¹¹⁶⁹ Código Penal de 1907 (reformado en el año 2006).

Disponible en <http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC.pdf>

se encuentre, en el momento de la apertura del procedimiento, residiendo en Jordania. En tanto que no se han hallado referencias al crimen de lesa humanidad como tipo recogido en el Código, este enjuiciamiento tendría lugar mediante el proceso de los subtipos tipificados que lo componen¹¹⁷⁰.

KAZAJSTÁN

Legislación

En este caso, aunque el Código Penal no contiene ninguna disposición específica sobre el crimen de lesa humanidad, el artículo 4, que establece que los tribunales domésticos tienen jurisdicción para conocer de los casos regulados por instrumentos convencionales, sería aplicable al subtipo de torturas, la trata de personas y de la explotación y desapariciones forzadas¹¹⁷¹.

KENIA

Legislación

La situación de Kenia requiere, a la luz de los más recientes acontecimientos, un análisis particular. En el año 2008 se incorpora, mediante la Ley de Crímenes Internacionales, la tipificación del crimen de lesa humanidad cuyo contenido exacto se establece por remisión al texto contenido en el Estatuto de Roma¹¹⁷². Esta norma reconoce también, en su artículo 8, la aplicación extraterritorial de la ley penal keniana a los más graves crímenes internacionales en base a distintos criterios de jurisdicción alternativos entre los que se encuentra la presencia del acusado en el territorio tras la comisión del delito. Tras la reciente imputación del Primer Ministro de Kenia, Uhuru Muigai Kenyatta¹¹⁷³, este Estado ha decidido retirar el instrumento de ratificación del

¹¹⁷⁰ No se ha tenido acceso al Código Penal Jordano, por lo que estas líneas se escriben con remisión a los resultados presentados por AI en su citado informe. En él se aclara lo siguiente en relación al artículo en cuestión (10.4): “(every foreign national residing in Jordan, who committed outside the Kingdom a felony or misdemeanour punishable by Jordanian law, – whether the person committed it, was an accomplice, or incited it or was involved in it - if extradition has not been requested or accepted) (war crimes are not defined under the Penal Code, so prosecutions would have to be for ordinary crimes)

CAT report 1995, paras. 109 to 110 (Jordan explained that under this provision its criminal law applied to any offence constituting a felony or a misdemeanour the perpetrator of which is arrested in Jordanian territory, regardless of the territory in which the offence is committed and regardless of the nationality of its perpetrator)”.

¹¹⁷¹ Código Penal de 1997. Disponible en <http://www.legislationonline.org/download/action/download/id/1681/file/ca1cfb8a67f8a1c2ffe8de6554a3.htm/preview>

¹¹⁷² International Crimes Act, 2008, artículo 5. En vigor desde el 1 de enero de 2009. Disponible en http://www.issafrica.org/anicij/.../Kenya_International_Crimes_Act_2008.pdf_

¹¹⁷³ CPI, Fiscal c. Uhuru Muigai Kenyatta, véase resumen del caso: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations_and_cases/situations/situation_icc_0109/related_cases/icc01090211/Pages/icc01090111.aspx

Estatuto de Roma. Si bien es cierto que esta retirada no afecta la continuación de un procedimiento ya abierto y teniendo en cuenta que la retirada solo se hace efectiva un año después del depósito del instrumento de retirada, la vigencia de esta ley que, en cualquier caso, no reconoce *sensu stricto* la obligación de extraditar o juzgar¹¹⁷⁴, no parece que vaya a perdurar¹¹⁷⁵.

KIRGUISTÁN

Legislación

Sin perjuicio de la ausencia de una disposición en el Código Penal que incorpore el crimen de lesa humanidad, se puede encontrar, tanto en este texto como en la Constitución, el marco jurídico en virtud del cual poder afirmar el reconocimiento de la jurisdicción extraterritorial de los tribunales de este Estado para crímenes contenidos en los tratados internacionales de los que es parte Kirguistán¹¹⁷⁶. En lo que respecta al crimen de lesa humanidad, debe subrayarse que Kirguistán es parte en el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1950.

LETONIA

Legislación

Más allá del reconocimiento de la jurisdicción extraterritorial de los tribunales letones para crímenes regulados en tratados internacionales¹¹⁷⁷, es

¹¹⁷⁴ Aunque se pueden encontrar indicios del reconocimiento de la obligación de extraditar en virtud del derecho internacional en algunas disposiciones de la ley. Por ejemplo, en el artículo 59.1.a, al regular la entrega a la CPI, se afirma que: “If section 57 applies and the requesting State is not a party to the Rome Statute, priority shall be given to the request for surrender from the ICC-if a. Kenya is not under an international obligation to extradite the person to the requesting State”. En el artículo 60.2, en idéntico sentido: “If Kenya is not under an existing international obligation to extradite the person to the requesting State, priority shall be given to the request from the ICC”.

¹¹⁷⁵ En el propio preámbulo de la misma se establece que el objetivo de la ley es precisamente el de cooperar con la CPI: “AN ACT of Parliament to make provision for the punishment of certain international crimes, namely genocide, crimes against humanity and war crimes, and to enable Kenya to co-operate with the International Criminal Court established by the Rome Statute in the performance of its functions”.

¹¹⁷⁶ Así, la Constitución habla de la aplicación directa de los tratados internacionales en su artículo 12.3. Disponible en https://www.unodc.org/tldb/pdf/Kyrgyzstan_const_1993.pdf. El artículo 1.1. del Código Penal de 2007 afirma que las normas penales están también basadas en los tratados internacionales.

¹¹⁷⁷ Artículo 4.4 del Código Penal de Letonia.

Disponible en <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/19>. Conviene poner de manifiesto que, en lo que respecta a crímenes de lesa

importante notar que el crimen de lesa humanidad ha sido ya incorporado como tipo autónomo al Código Penal de 2009:

Article 71

“For a person who commits crime against humanity, that is, for an activity which is performed as a part of vast or systematic offensive to civilians and which has been expressed as homicide, extermination, enslavement, deportation or forced movement, unlawful deprivation or limitation of liberty, torture, rape, involvement of a person into sexual slavery, compelling the engaging in prostitution, forced fertilisation or sterilisation, or sexual violence of similar degree of severity, apartheid, persecution of any group of people or union on the basis of political, racial, national, ethnical, cultural, religious or gender affiliation or other reasons which have been recognised as inadmissible in the international law, in relation to any activity indicated in this Section or genocide, or war crime or other activity provided for in the international law binding upon the Republic of Latvia, which causes serious physical or mental suffering, the applicable sentence is life imprisonment or deprivation of liberty for a term of not less than three and not exceeding twenty years¹¹⁷⁸”.

LESOTHO

Legislación

El crimen de lesa humanidad está tipificado, siguiendo el modelo del Estatuto de Roma, en el artículo 94 del código Penal de 2010, que ha entrado recientemente en vigor¹¹⁷⁹. En relación a la regulación de la jurisdicción, el artículo 4.3 reconoce la obligación de juzgar en virtud de los compromisos adquiridos mediante derecho internacional. Lo hace en los siguientes términos:

“A person who, while outside Lesotho, commits an act or makes an omission where such an act or omission forms part of an offence, of which the other elements occur or have effect within Lesotho or is an offence in respect of which Lesotho is enjoined to punish under international law, may, on coming into Lesotho, be tried and punished for such an offence as if the act or omission had been committed within Lesotho¹¹⁸⁰”.

Lesotho es parte en la Convención contra la Tortura, el Convenio para la

humanidad (o sus subtipos) Letonia es parte en la Convención contra el Apartheid, contra la Tortura y contra la Esclavitud.

¹¹⁷⁸ Artículo 71.

¹¹⁷⁹ Código Penal de 2010 (Act no. 6 de 2012). En vigor a partir del 9 de marzo 2013. Disponible en <http://www.lesotholii.org/ls/legislation/act/2012/6>.

¹¹⁸⁰ *Id.*, artículo 4.3.

represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1950 y las Desapariciones Forzadas, en el marco de los crímenes de lesa humanidad.

Más claro resulta, sin embargo, el artículo 92.2. que, con respecto a los más graves crímenes internacionales, reconoce la jurisdicción extraterritorial de los tribunales de Lesotho¹¹⁸¹,

LÍBANO

Legislación

El artículo 23 del Código Penal reconoce la aplicación extraterritorial de la ley penal libanesa a cualquier delito, siempre que la persona se encuentre en el territorio del Líbano y no se haya concedido su extradición¹¹⁸². Sin embargo no se ha hallado en el Código Penal libanés ninguna disposición que regule el crimen de lesa humanidad¹¹⁸³.

LIBERIA

Legislación

No se ha tenido acceso directo a la Ley Penal de Liberia por lo que estas líneas están basadas en la fuente indirecta del informe de AI. Cabe destacar, a nivel de jurisdicción doméstica para crímenes internacionales, el artículo 1.4.1 (f) que reza como sigue:

¹¹⁸¹ “The Court shall have jurisdiction in respect of offences under this Part whether committed by a Lesotho citizen or a citizen of another state against a Lesotho citizen or a citizen of another state outside Lesotho”.

¹¹⁸² Código Penal de 1956, traducción oficial del Tribunal Especial para el Líbano: “Article 23 - Article 23 was repealed by Article 1, paragraph 3, of Act No. 513 of 6 June 1996 and replaced by the following text:

Lebanese law is also applicable to any foreigner or stateless person who is resident or present in Lebanon and who, acting abroad as a perpetrator, co-perpetrator, instigator or accomplice, committed a felony or misdemeanour other than those cited in Articles 19, 20 and 21, if his or her extradition has not been requested or granted. This is also the case if the felony or misdemeanour was committed by a person against or on board a foreign aircraft chartered without a crew to a charterer whose headquarters or permanent residence is in Lebanon, if the extradition of the perpetrator has not been requested or granted”. Disponible en <http://www.stl-tsl.org/en/documents/relevant-law-and-case-law/applicable-law/selected-articles-lebanese-criminal-code>

¹¹⁸³ As previously mentioned, both Lebanese law and Serbian law authorize the exercise of universal jurisdiction as well as contain an extradite-or-prosecute provision. With regard to Lebanese nationals, since Lebanon does not extradite its own nationals, it tries such nationals before Lebanese courts for their crimes committed abroad against foreigners in accordance with the jurisdiction *ratione personae* provided in Article 20 of its Penal Code. Doc A/CN.4/579/Add.1, paras. 29-30.

“Except as otherwise expressly provided, extraterritorial jurisdiction over an offense exists when . . . (f) Jurisdiction is conferred upon Liberia by treaty.”

En tanto que Liberia es parte en la Convención contra la Tortura y contra el Apartheid es por estos subtipos por los que se podría llegar a enjuiciar a los presuntos responsables de crímenes internacionales, eso sí, aplicando los tipos normales ya que el Crimen contra la Humanidad no está recogido aquí como tipo autónomo.

LIECHTENSTEIN

Legislación

No se ha tenido acceso directo a la Ley Penal de Liechtenstein por lo que estas líneas están basadas en la fuente indirecta del informe de AI. Cabe destacar el reconocimiento al carácter extraterritorial de la jurisdicción de este Estado para la generalidad de los delitos (artículo 64.1.6 Código Penal de 1988: “National courts have universal jurisdiction over acts which Liechtenstein is obliged to prosecute even when such acts are not criminal in the territorial state; war crimes not in Criminal Code 1988, so prosecutions would have to be for ordinary crimes”).

En relación a los tipos que conforman el macrotipo de crimen de lesa humanidad, solo es posible hallar en este texto legal la prohibición y castigo de la esclavitud, en el artículo 104.

LITUANIA

Legislación

El crimen de lesa humanidad está positivizado en el Código Penal de 2010 bajo el título “Treatment of Persons Prohibited Under International Law”. En cuanto a la jurisdicción que se le reconoce a los tribunales nacionales para conocer de estos crímenes, el artículo 7 establece que, independientemente del lugar de comisión o de la nacionalidad de las víctimas o autores, se aplicará el Código Penal lituano, entre otros, a los casos de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, siempre y cuando estos estén prohibidos por el derecho convencional aplicable¹¹⁸⁴.

LUXEMBURGO

Legislación

La incorporación de la prohibición de los crímenes internacionales al derecho penal de Luxemburgo, aunque clara en relación a los aspectos sustantivos, presenta algunos elementos crípticos en lo que respecta al reconocimiento de la jurisdicción de los tribunales nacionales para investigar y enjuiciar estos casos.

Así, es la Ley de 27 de febrero de 2012 de adaptación de la legislación interna

¹¹⁸⁴ Código Penal de Lituania, 2010, artículo 7.

Disponible en http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=366707. Entre los tratados firmados por Lituania sobre tipos penales subsumibles en el crimen de lesa humanidad hallamos la Convención contra la Tortura y el Convenio contra la Desaparición Forzada de Personas.

al Estatuto de Roma la que introduce en el Código Penal luxemburgués el artículo 136ter, regulador del crimen de lesa humanidad. Sin embargo, es el artículo 5 el que introduce una modificación del artículo 7.4 del Código que afecta a la jurisdicción de los tribunales domésticos para conocer de estos crímenes.

Textualmente, el artículo 5 reza como sigue:

“L’article 7.4 du Code d’Instruction criminelle est remplacé par la disposition suivante:

“Art. 7.4. Lorsqu’une personne qui se sera rendu coupable à l’étranger d’une des infractions prévues par les articles 112-1, 135-1 à 135-6, 135-9, 135-10, 136bis à 135quinquies, 260-1 à 260-4, 379, 382-1, 381-2, 384 et 385-2 du Code pénal, pourra être poursuivie et jugée au Grand-Duché, lorsqu’une demande d’extradition est introduite et que l’intéressé n’est pas extradé¹¹⁸⁵”.

Así, de la lectura de la primera parte parece extraerse que se reconoce simplemente la aplicación extraterritorial de la ley penal luxemburguesa a una cierta categoría de crímenes tipificados, entre los que se encuentra el crimen de lesa humanidad. Sin embargo, el requerimiento de la existencia de una solicitud de extradición no satisfecha parece indicar que se está haciendo aquí referencia al carácter extraterritorial de la jurisdicción, lo cual, si interpretado de manera conjunta podría llevarnos a inferir que, desde el punto de vista teleológico de esta disposición, es la obligación de extraditar o juzgar lo que pretende positivizar.

MACEDONIA

Legislación

Macedonia incorpora el crimen contra la humanidad a su legislación interna a través del artículo 403.a del Código Penal de 1996¹¹⁸⁶. En el artículo 119.2, sin embargo, se regula la aplicación extraterritorial de lo que se ha venido a traducir como la “criminal legislature¹¹⁸⁷”. De la ausencia de referencia expresa

¹¹⁸⁵ Loi du 27 février 2012 portant adaptation du droit interne aux dispositions du Statut de Rome de la Cour Pénale internationale, approuvé par une loi du 14 août 2000 portant approbation du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

Disponible en http://iccdb.webfactional.com/documents/implementations/pdf/Luxembourg_Law_modifying_CC_Jan2012.pdf

¹¹⁸⁶ Código Penal de 1996.

Disponible en <http://legislationline.org/documents/action/popup/id/16066/preview>

¹¹⁸⁷ Artículo 119.2: “The criminal legislature is also applicable to a foreigner who commits a crime abroad, against a foreign country or a foreigner, who according to that legislature may be sentenced to five years of imprisonment or to a more severe punishment, when he finds himself on the territory of the Republic of Macedonia, and when he is not extradited to the foreign country. If not otherwise determined by this Code, in such a case the court may not pronounce a

a la ley penal y del condicionamiento de la aplicación extraterritorial de esta “criminal legislature” a la no extradición del sospechoso, se podría inferir que se está aludiendo aquí al reconocimiento del carácter extraterritorial de la jurisdicción de los tribunales de Macedonia, aunque sin que se puedan identificar trazas de obligatoriedad en la construcción aquí recogida.

MADAGASCAR

Legislación

Se reconoce la jurisdicción universal de los tribunales de Madagascar para el delito de tortura a través de la ley contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes¹¹⁸⁸. Sin embargo, para el resto de los delitos (internacionales o no), el Código de Procedimiento Penal establece que para poder ser procesado por los tribunales de Madagascar, el presunto autor debe ostentar la nacionalidad malgache¹¹⁸⁹.

MALI

Legislación

El artículo 116 de la Constitución de 1992 establece que los tratados y acuerdos internacionales ratificados por Mali tendrán, desde su publicación, superioridad jerárquica sobre la ley de Mali. Así, es esta la vía a través de la cual se puede afirmar la incorporación del *aut dedere aut judicare* a la legislación interna de Malí, en tanto que este Estado ha ratificado dos de los instrumentos convencionales reguladores de subtipos de crímenes de lesa humanidad que incorporan la referida cláusula alternativa: la Convención contra la Tortura y el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1950¹¹⁹⁰.

punishment more severe than the punishment that is prescribed by law of the country in which the crime was committed”.

¹¹⁸⁸ Ley nº 2008-008 de 25 de junio 2008, artículo 18.6.

Disponible en <http://www.apt.ch/es/resources/compilation-of-torture-laws/?cat=42>

¹¹⁸⁹ Artículo 507 del Código Procesal Penal de 1962.

Disponible en <https://www.unodc.org/tldb/showDocument.do?documentUid=2204&country=MAG&language=FRE>

¹¹⁹⁰ Constitución de Mali de 1992. Disponible en <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Mali.pdf>. Ello, sin perjuicio de que el crimen de lesa humanidad haya sido positivizado en el Código Penal maliense de 2001, en el artículo 29 (fuente: Informe AI 2012).

MALTA

Legislación

La obligación de extraditar o juzgar parece adivinarse en el Código Penal maltés a través de una lectura atenta de su artículo 5.1.h. En él, se reconoce la jurisdicción extraterritorial de los tribunales de Malta “against any person in respect of whom an authority to proceed, or an order for his return, following a request by a country for his extradition from Malta, is not issued or made by the Minister responsible for justice on the ground that the said person is a Maltese citizen or that the offence for which his return was requested is subject to the death penalty in the country which made the request, even if there is no provision according to the laws of Malta other than the present provision in virtue of which the criminal action may be prosecuted in Malta against that person¹¹⁹¹”. En este caso, la aplicabilidad de la jurisdicción maltesa parece condicionarse a la imposibilidad de extraditar al sospechoso por la excepción de la nacionalidad o por el riesgo de ser sometido a la pena de muerte. También puede inferirse el alcance extraterritorial de la jurisdicción maltesa en virtud de la aplicación de la norma penal en blanco de la letra (i), presuponiendo una interpretación del término “derecho” comprensivo del derecho internacional¹¹⁹². En este caso, en lo relativo al crimen de lesa humanidad, Malta, en tanto que firmante de la Convención contra Tortura y contra las Desapariciones Forzadas podría encontrar en el derecho convencional la base jurídica para la aplicación de la obligación de extraditar o juzgar a estos subtipos. Otra pista que nos induce a pensar que el legislador maltés estaba, efectivamente, pensando en la incorporación de la obligación de extraditar o juzgar al derecho penal maltés, es la disposición que cierra el artículo 54.A:

“In interpreting and applying the provisions of the relevant articles the court shall take into account any relevant judgment or decision of the ICC and may also take into account any other relevant international jurisprudence.”

Véase, para confirmación definitiva de la teoría aquí sostenida, la declaración de Malta ante la AG en la 65 Conferencia acerca del alcance y contenido del principio de jurisdicción universal.

ISLAS MARSHALL

Legislación

La ley del poder judicial de 1983 (Judiciary Act) puede ser la base jurídica sobre la cual afirmar el reconocimiento de la jurisdicción universal o de la obligación de extraditar o juzgar a los tribunales de este Estado en función de su plasmación en los tratados y convenios internacionales de los que son parte. Así,

¹¹⁹¹ Código Penal de 2005, artículo 5.1.h.

Disponible en <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>

¹¹⁹² “(i) against any person who commits an offence which, by express provision of law, constitutes an offence even when committed outside Malta”. *Id.*

a pesar de que el crimen de lesa humanidad no se encuentra tipificado en su Código Penal, conviene leer conjuntamente los artículos 244 y 248 con el fin de arrojar un poco de luz sobre esta cuestión¹¹⁹³. Si bien es cierto, por otro lado, que este Estado no ha ratificado ninguno de los Convenios reguladores de los subtipos de crímenes internacionales (tortura, apartheid, desapariciones forzadas...).

MAURICIO

Legislación

La ley de la CPI de 2011 reconoce, en su artículo 4, el alcance extraterritorial de la jurisdicción penal de Mauricio para conocer de los más graves crímenes internacionales. Así, el apartado 3 establece literalmente que:

“Where a person commits an international crime outside Mauritius, he shall be deemed to have committed the crime in Mauritius if he –

(...)

(c) is present in Mauritius after the commission of the crime¹¹⁹⁴;

MÉXICO

Legislación

La remisión que el Código Penal Federal mexicano hace a la aplicación directa de los instrumentos internacionales para el castigo de delitos no previstos en la leyes internas, aunque bienintencionado, carece de valor práctico más allá de lo simbólico porque, al no haber incorporado al derecho interno los tipos penales que pretende castigar mediante la remisión a tratado, difícilmente podría verse cumplido el principio de legalidad. Ello sin perjuicio de que se castiguen a través de los tipos positivizados en el Código Penal Federal.

Así, el artículo 6 afirma que:

“Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del

¹¹⁹³ Artículo 244: “Extraterritorial jurisdiction generally.

The courts of the Republic have extraterritorial jurisdiction:

(a) as provided by this Part; and

(b) as provided or required by any law having extraterritorial effect, making an act or omission outside the Republic an offense or justiciable within the Republic, but subject to the provisions of that law”; y 248: “Application of foreign law.

The criminal law of any jurisdiction that is applicable under any law of the Republic or under international law, may be enforced by a court of the Republic, in the trial of any offenses committed outside the territorial limits of the Republic that are triable by that court when, in the opinion of the court, justice and comity will be aided by its enforcement”. Ley del poder judicial de 1988. Disponible en http://www.paclii.org/mh/legis/consol_act/ja1983112/

¹¹⁹⁴ Ley de la CPI de 2011.

Disponible en

http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=oCD4QFjAC&url=http%3A%2F%2Fmauritiusassembly.gov.mu%2FEnglish%2Ffacts%2Fdocuments%2F2011%2Fact2711.pdf&ei=x-EsUwvDsJAtAb_y4DIDQ&usg=AFQjCNHRuIrxK5Ynj7Z1ej4QQHCQzAFObA&sig2=oXtPHoJqss6kHuII

presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo. (...)1195”.

Así, a pesar de que en el ámbito del crimen de lesa humanidad, México ha ratificado instrumentos convencionales internacionales (Convención contra la Tortura, Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1950 y Convenio contra la Desapariciones Forzadas), la única incorporación real de un subtipo de crimen de lesa humanidad al derecho mexicano interno es aquella relativa a la trata de personas (subsumible en esclavitud). Así, la ley para prevenir y sancionar la trata de personas de 2007 establece, en su artículo 3 la obligación de las autoridades federales de perseguir, investigar y castigar estos hechos siempre y cuando exista un vínculo con México:

“cuando se inicien, preparen o cometan en el extranjero, siempre y cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio nacional; o cuando se inicien, preparen o cometan en el territorio nacional siempre y cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el extranjero, o en su caso, cuando se cometan en el territorio nacional y se actualice alguno de los supuestos previstos en el artículo 50, fracción I, incisos b) a j) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación1196”.

MOLDAVIA

Legislación

A pesar de que el Código Penal cuenta con un capítulo titulado “Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, Crímenes de Guerra”, no se ha incorporado a este apartado la tipificación del crimen de lesa humanidad en sentido estricto1197.

Tampoco pueden encontrarse en este instrumento ni en el Código Procesal Penal referencias al carácter extraterritorial de la jurisdicción penal moldava, con la única excepción de la norma procesal en blanco de remisión a los compromisos adquiridos mediante convenio internacional en lo que concierne a la asistencia legal en materia penal, cuestión que incluye la extradición:

“Article 531. Legal regulation of international legal assistance

1195 Código Penal Federal de 1931.

Disponible en <http://www.pgr.gob.mx/Que es PGR/Documentos/CodigoPenalFederal.pdf>

1196 Ley para prevenir y sancionar la trata de personas de 2007.

Disponible en <http://www.refworld.org/type,LEGISLATION,NATLEGBOD,MEX,4846a6452,o.html> en

1197 Código Penal de 2002, arts. 135-144.

Disponible en <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>

(1) The relationships with foreign countries or international courts regarding the legal assistance in criminal matters shall be regulated by the present Chapter. The provisions of international treaties to which the Republic of Moldova is a party to as well other international commitments of the Republic of Moldova shall have priority in relation with the provisions of this Chapter¹¹⁹⁸”.

Conforme a la estructura de análisis que hemos venido siguiendo, es importante notar aquí que Moldavia no ha ratificado ninguno de los instrumentos convencionales principales en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad.

MÓNACO

Legislación

Comenzando por el hecho de que el crimen de lesa humanidad no está incorporado al Código Penal de 1967, conviene señalar que de una lectura conjunta de los artículos relevantes (6 y 9) del Código Procesal Penal, se infiere claramente que la extraterritorialidad en la jurisdicción no forma parte del sistema jurídico penal monegasco. Así, el artículo 6 exige la concurrencia del principio de personalidad activa, mientras que el 9 requiere que el presunto responsable se encuentre en el territorio “en posesión de objetos obtenidos mediante la comisión del ilícito¹¹⁹⁹”.

Sin embargo, es preciso añadir que la Ley 1222 de 28 de diciembre de 1999 sobre extradición reconoce la aplicabilidad del *aut dedere aut judicare* solo en los casos en los que se deniegue la extradición en virtud de la nacionalidad del acusado¹²⁰⁰. Para el resto de los casos, la jurisdicción monegasca solo será de aplicación si Mónaco tiene jurisdicción para juzgar un determinado delito cometido fuera de su territorio por un extranjero. Todo ello sin perjuicio de que

¹¹⁹⁸ Código Procesal Penal.

Disponible en
<http://legislationline.org/download/action/download/id/1689/file/ebc7646816aad2a3a1872057551.htm/preview>

¹¹⁹⁹ Código Procesal Penal de 1963. Artículo 9: “Pourra être poursuivi et jugé dans la Principauté, l'étranger qui se sera rendu coupable hors du territoire:

* 1^o) D'un crime ou d'un délit commis au préjudice d'un Monégasque.

* 2^o) D'un crime ou d'un délit commis même au détriment d'un autre étranger, s'il est trouvé dans la Principauté en possession d'objets acquis au moyen de l'infraction. Dans les deux cas, la poursuite n'aura lieu que dans les conditions prévues par l'article 6.

Disponible en
<http://www.legimonaco.mc/305/legismclois.nsf/ViewCode/083BFE23B7E66B61C125773F002D63E5!OpenDocument>

¹²⁰⁰ Doc A/CN.4/579, párr. 25

se trata de un Estado parte en los instrumentos convencionales fundamentales de regulación de los crímenes de lesa humanidad.

MONGOLIA

Legislación

El crimen de lesa humanidad no ha sido incorporado a la legislación nacional de Mongolia, por lo que la única vía para que un presunto responsable de este delito responda ante los tribunales de este Estado exige recurrir al derecho convencional. Así, en el artículo 14.3. del código Penal de 2002 puede leerse lo siguiente:

“Foreign nationals and stateless persons who have committed crimes beyond the territory of Mongolia shall be subject to criminal liability under this Code if only an international agreement to which Mongolia is a party provides so¹²⁰¹”.

En efecto, de la lectura de este precepto se podría inferir la existencia de la obligación de juzgar por remisión al derecho convencional que, en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad abarca, la trata de persona o esclavitud, la tortura y las desapariciones forzadas. Eso sí, ante la ausencia del tipo “crimen de lesa humanidad”, como en todos los casos en los que este macrotipo no está incorporado, el proceso se deberá llevar a cabo a través del enjuiciamiento de otros subtipos subsumibles en este crimen y que sí estén penalizados en la legislación doméstica.

MONTENEGRO

Legislación

El crimen de lesa humanidad está recogido en el artículo 427 del Código Penal de 2003 en idénticos términos que el Estatuto de Roma. El artículo 137 por su parte, articula el reconocimiento de la jurisdicción extraterritorial y la aplicación de la ley penal de Montenegro a delitos cometidos en el extranjero por extranjeros y contra extranjeros siguiendo la fórmula generalmente utilizada para incorporar la obligación de extraditar o juzgar, solo que lo hace sin incluir el elemento obligatorio:

“Criminal legislation of Montenegro shall also be applicable to a foreigner who commits abroad, against a foreign country or a foreigner, a criminal offence for which under the law of the country it was committed in, a prison penalty may be pronounced in duration of five years or more, should s/he be caught in the territory of Montenegro but not extradited to a foreign country. If not otherwise prescribed by the present Code, a court of law may not in such an instance pronounce a penalty more severe than one prescribed by the law of the country in which the criminal offence was committed¹²⁰²”.

MOZAMBIQUE

¹²⁰¹ Código Penal de 2002.

Disponible en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=3ed919fd4>

¹²⁰² Código Penal de 2003.

Disponible en https://www.unodc.org/tldb/pdf/Montenegro_Criminal_Code.pdf

Legislación

En este caso, el reconocimiento del alcance extraterritorial de la jurisdicción y de la aplicación extraterritorial de la ley penal por remisión al derecho convencional solo encuentra soporte jurídico en la Constitución que concede a los instrumentos convencionales válidamente ratificados por Mozambique la misma validez que a la ley:

“Artigo 18

(Direito internacional)

1. Os tratados e acordos internacionais, validamente aprovados e ratificados, vigoram na ordem jurídica moçambicana após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado de Moçambique.

2. As normas de direito internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção¹²⁰³”.

Mozambique es parte en los Convenios contra la Tortura y contra el Apartheid pero de aplicar su jurisdicción extraterritorial para el enjuiciamiento de los más graves crímenes internacionales tendría que hacerlo mediante los delitos ordinarios que lo componen ya que el crimen de lesa humanidad no está regulado en el Código Penal.

NAMIBIA

Legislación

El crimen de lesa humanidad no ha sido incorporado al Código Penal de Namibia, cuya única vía para justificar jurídicamente el enjuiciamiento de estos crímenes por parte de los tribunales de su territorio debe buscarse necesariamente en la Constitución, y en particular, en el reconocimiento que en la misma se hace del carácter vinculante del derecho internacional general y de los convenios internacionales ratificados en tanto que forman parte del derecho interno de Namibia¹²⁰⁴. Namibia, en este sentido y en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad, ha ratificado la Convención contra la Tortura.

NUEVA ZELANDA

Legislación

En Nueva Zelanda, la ley de la CPI del año 2000 se ocupa de tipificar los crímenes internacionales siguiendo el modelo del Estatuto de Roma. En lo que respecta a la jurisdicción extraterritorial de los tribunales de este Estado para conocer de estos delitos, aunque ésta se reconoce en el artículo 8.1, el artículo 13

¹²⁰³ Constitución de Mozambique de 2004.

Disponibile en <http://www.refworld.org/type,LEGISLATION,NATLEGBOD,MOZ,4a1e5add2,o.html>

¹²⁰⁴ Véase el artículo 144 de la Constitución de Namibia. Disponible en <http://www.orusovo.com/namcon/>

condiciona esta posibilidad al consentimiento del Fiscal General (Attorney General)¹²⁰⁵.

NICARAGUA

Legislación

El código penal nicaragüense recoge en su artículo 16 los tipos penales a los que les son de aplicación las disposiciones penales domésticas. Entre ellos incluye varios subtipos de crímenes de lesa humanidad, algunos de ellos incorporados al propio código penal (esclavitud y desaparición forzada) y otros aplicables en virtud de los compromisos convencionales adquiridos por el Estado, fuente a la que se hace referencia en esta misma disposición (Cualquier otro delito que pueda ser perseguido en Nicaragua, conforme a los instrumentos internacionales ratificados por el país). Entre ellos, la tortura¹²⁰⁶.

NÍGER

Legislación

El artículo 208.2 del Código Penal de Níger de 1961 positiviza la prohibición del crimen de lesa humanidad, siendo el castigo aparejado la pena de muerte, mientras que el 208.8 articula el carácter extraterritorial de la jurisdicción de los tribunales de Níger para investigar y enjuiciar estos crímenes¹²⁰⁷.

NORUEGA

Legislación

¹²⁰⁵ Artículo 8.1.c de la ley de la CPI: “(1) Proceedings may be brought for an offence—against *section 9* or *section 10* or *section 11* regardless of— (i) the nationality or citizenship of the person accused; or (ii) whether or not any act forming part of the offence occurred in New Zealand; or (iii) whether or not the person accused was in New Zealand at the time that the act constituting the offence occurred or at the time a decision was made to charge the person with an offence.” Disponible en <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2000/0026/latest/DLM63091.html>. De hecho, la única tentativa de aplicación de estas disposiciones involucra al ex general israelí Moshe Ya’alon, que se encontraba de visita en Nueva Zelanda, y se vio frustrada precisamente por la negativa del Fiscal General. Véase Observaciones de Nueva Zelanda sobre el alcance y ámbito de aplicación del principio de jurisdicción universal. Asamblea General, 65º período de sesiones (2010)

¹²⁰⁶ Código Penal de 2007.

Disponible en http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=OCC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.oas.org%2Fjuridico%2Fmla%2Fsp%2Fnic%2Fsp_nic_Nuevo_Codigo_Penal_Nicaragua_2007.pdf&ei=7qMtUtrzKoPCtQbBoYGIBw&usq=AFQjCNGouzKkaa2_Cp-VCxkMrG72iAKHSg&sig2=N3l

¹²⁰⁷ Código Penal de 1961.

Disponible en <http://www.refworld.org/type,LEGISLATION,NATLEGBOD,NER,47fb8e642,o.html>

El alcance extraterritorial de la ley penal noruega está recogido en la sección 5 del Código Penal de 2005 (General Civil Penal Code), que alude específicamente a la aplicabilidad de la ley a los crímenes internacionales. En el ámbito jurisdiccional, la sección 6 alude a la posible existencia de una obligación de juzgar para Noruega derivada tanto del derecho convencional como del derecho internacional general¹²⁰⁸. En lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad, Noruega es parte en varios tratados que recogen el *aut dedere aut judicare* como mecanismo procesal rector de la regulación de este crimen: la Convención contra la Tortura y el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1950. Sin embargo, conviene notar algunos de los obstáculos a sortear para aplicar efectivamente esta cláusula ya que por ejemplo, el párrafo 7 de la sección 5 condiciona el enjuiciamiento a que este sea solicitado en base al interés público.

OMÁN

Legislación

El crimen de lesa humanidad no está tipificado en el Código Penal omaní pero existe una disposición que permite la aplicación extraterritorial de la ley omaní a los subtipos que componen el crimen de lesa humanidad, el artículo 12, que reza como sigue:

“The Omani legislation shall be applicable to any foreigner, be it either an offender, instigator or participant, who commits abroad a felony o misdemeanour punishable by Omani laws and not stipulaed in Artciles 8, 10 and 11 hereabove, and who is thereafter present in Oman.

In such event, it is necessary that:

1. The law of state where the crime is committed requires a sentence amounting to three imprisonment.
2. The extradition is not requested or accepted
3. The foreigner has been finally sentenced abroad; and, in case of sentence, the pronounced penalti has not been executed or extinguished either by general or special pardon or prescription. (...)1209”.

Más allá de esto, no existe otra regulación de la jurisdicción omaní ni remisión a las obligaciones jurisdiccionales derivadas de tratados que afectan a este Estado.

PAÍSES BAJOS

Legislación

¹²⁰⁸ Código General Civil Penal de 2005.

Disponible en <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>

¹²⁰⁹ Código Penal de 1974. Disponible en https://www.unodc.org/tldb/pdf/Oman_CP.pdf

Encontrándose la capital mundial de la justicia penal internacional en una de sus ciudades, la Haya, era difícilmente imaginable que los Países Bajos no hubieran desarrollado una regulación comprensiva de la aplicación extraterritorial de su ley penal y reconocedora del alcance extraterritorial de la jurisdicción de sus tribunales. En efecto, el crimen de lesa humanidad está tipificado en la sección 4 de la Ley de Crímenes Internacionales de 2003. La sección 2 reconoce el alcance extraterritorial de esta ley para los casos de crímenes internacionales:

“Without prejudice to the relevant provisions of the Criminal Code and the Code of Military Law, Dutch criminal law shall apply to:

(a) anyone who commits any of the crimes defined in this Act outside the Netherlands, if the suspect is present in the Netherlands; (...)1210.

Sin embargo, no puede afirmarse que se haya incorporado a la legislación interna el reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar para estos crímenes.

PANAMÁ

Legislación

El alcance extraterritorial de la ley panameña para los crímenes de lesa humanidad queda positivizado en los artículos 19 y 20 del Código Penal de 2007. Además, el artículo 4 parece, sin hacerlo en términos inequívocos, hacer referencia a la obligación de extraditar o juzgar al establecer que “También se aplicará la ley penal panameña a los delitos cometidos en el extranjero, cuando: (...) 4. Una autoridad nacional haya negado la extradición de un panameño o un extranjero1211”.

Además, el artículo 21 contiene una norma penal en blanco de remisión a los delitos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Panamá, que, en el ámbito de los crímenes contra la humanidad incluyen la Convención contra la Tortura, el Convenio contra el Apartheid y la Convención contra las Desapariciones Forzadas.

PARAGUAY

Legislación

1210 Ley de Crímenes Internacionales 2003. Disponible (este artículo) en http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_nl_rule157

1211 Código Penal de 2007. Disponible en <http://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/25796/4580.pdf>

En el artículo 8.1.7 se reconoce la obligación de juzgar en virtud de los compromisos convencionales adquiridos por Paraguay en los siguientes términos:

“La Ley penal paraguaya se aplicará también a los siguientes hechos realizados en el extranjero:

7. Hechos punibles que la República, en virtud de un tratado internacional vigente, esté obligada a perseguir aún cuando hayan sido realizados en el extranjero¹²¹²”.

Así, se infiere que Paraguay, al haber ratificado ciertos convenios reguladores de subtipos de crímenes de lesa humanidad, tiene, por ley interna, la obligación de extraditar o juzgar en los casos de torturas, apartheid o desapariciones forzadas (en tanto que esta cláusula está incorporada en los referidos instrumentos).

PERÚ

Legislación

Se reconoce la aplicación extraterritorial de la ley peruana en los casos de no extradición haciendo uso de la fórmula tradicionalmente usada para la exposición de la obligación de extraditar o juzgar:

“Principio de Representación

Artículo 3.- La Ley Penal peruana podrá aplicarse cuando, solicitada la extradición, no se entregue al agente a la autoridad competente de un Estado extranjero¹²¹³”.

La lectura conjunta de esta disposición junto con el artículo 2.5. de este mismo Código que establece que “El Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales(...)”, nos permite concluir que el texto analizado encierra un reconocimiento del *aut dedere aut judicare* siempre y cuando este principio venga recogido en un instrumento convencional que vincule a Perú. En este sentido y en lo que se refiere a subtipos de crímenes de lesa humanidad, Perú es parte en los instrumentos internacionales de lucha contra la tortura, el apartheid y las desapariciones forzadas.

POLONIA

Legislación

Los artículos 119-121 del Código Penal polaco regulan el aspecto sustantivo del crimen de lesa humanidad mientras que en el artículo 113 se reconoce la obligación de extraditar o juzgar en función de las obligaciones convencionales adquiridas en el ámbito de este tipo penal (que en caso de Polonia abarcan la

¹²¹² Código Penal de 1997. Disponible en http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-cp.pdf

¹²¹³ Código Penal de 1991: Disponible en

<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdmo>

tortura y la esclavitud). En el mismo sentido pero comprensivo de cualquier delito que lleve aparejado, de acuerdo con el Código Penal polaco, una pena de más de 2 años de privación de libertad, podemos hallar el reconocimiento del alcance extraterritorial de la ley penal siempre y cuando el presunto autor se encuentre en el territorio, en el artículo 110.2 de este mismo texto.

PORTUGAL

Legislación

Portugal es uno de los países que con mayor claridad ha incorporado la obligación de extraditar o juzgar en relación a los más graves crímenes internacionales. Lo ha hecho a través de la Ley no. 31/2004 de 22 de julio de 2004¹²¹⁴, cuyo artículo 9 define, prohíbe y castiga el crimen de lesa humanidad siguiendo el modelo del Estatuto de Roma. La incorporación de la obligación de extraditar o juzgar se halla en el artículo 5.1, que dispone lo siguiente:

“Aplicação no espaço: factos praticados fora do território português

1 - As disposições da presente lei são também aplicáveis a factos praticados fora do território nacional, desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou seja decidida a sua não entrega ao Tribunal Penal Internacional”.

La expresión utilizada (“les serán aplicables”) evidencia que no concurre aquí el elemento de la obligación. La alusión a la condición de que “siempre y cuando no sea extraditado o entregado a la CPI”, indica que el carácter extraterritorial de la jurisdicción es subsidiario a la jurisdicción reclamada por la CPI u otro Estado competente.

QATAR

Legislación

El reino de Qatar no ha incorporado a su derecho interno las obligaciones derivadas de los tratados internacionales de los que es parte. Sin embargo, es posible acudir al artículo 6 de su Constitución para afirmar la aplicabilidad de la obligación de extraditar o juzgar por remisión a los tratados firmados en materia de violaciones de derechos humanos constitutivas de crímenes de lesa humanidad (torturas)¹²¹⁵.

REINO UNIDO

¹²¹⁴ Ley n° 31/2004 de 22 de julio de adaptación de la legislación penal portuguesa al Estatuto de la CPI. Disponible en [http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=oCC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Ft%2Fdlapil%2Fcahdi%2FSource%2FICC%2F4th Consult ICC %282006%29 15 port only Lei 31 2004.pdf&ei=DAwuUqWWGcSftAagsIHABA&usq=AFQjCNErzZMGvuONmISKRwsK9](http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=oCC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Ft%2Fdlapil%2Fcahdi%2FSource%2FICC%2F4th%20Consult%20ICC%202006%2015%20port%20only%20Lei%2031%202004.pdf&ei=DAwuUqWWGcSftAagsIHABA&usq=AFQjCNErzZMGvuONmISKRwsK9)

¹²¹⁵ Constitución de Qatar. Disponible en <http://portal.www.gov.qa/wps/wcm/connect/5a5512804665e3afa54fb5fd2b4ab27a/Constitution+of+Qatar+EN.pdf?MOD=AJPERES>

Legislación

En el marco del reconocimiento de la potestad de los Parlamentos de la Commonwealth para legislar extraterritorialmente¹²¹⁶, la Ley de la CPI de 2001 reconoce el alcance extraterritorial de la jurisdicción de los tribunales ingleses siempre y cuando el presunto autor sea ciudadano o residente inglés, y solo para crímenes internacionales cometidos después de 2001¹²¹⁷. Esta ley, sin embargo, fue modificada en 2001 para permitir a los tribunales ingleses ejercer su jurisdicción también sobre crímenes internacionales cometidos después de 1991.

RUANDA¹²¹⁸

Legislación

Los artículos 5-7 de la ley tipifican el crimen de lesa humanidad estableciendo la pena correspondiente¹²¹⁹. Los artículos 10 y 11 desarrollan una versión del alcance extraterritorial de la jurisdicción de los tribunales ruandeses condicionada a que el presunto responsable ostente o adquiriera posteriormente la nacionalidad ruandesa¹²²⁰. Sin embargo, con la entrada en vigor de la ley n°13/2004 relativa al Código Procesal Penal, esta disposición se vio sustituida, al menos en lo que se refiere a los más graves crímenes internacionales por el artículo 195 de esta ley que reza como sigue:

“Article: 195

Any person, including a foreigner, within the territory of the Republic of Rwanda after having, while abroad, committed international crimes including genocide, crimes against humanity, war crimes, terrorism, taking people as hostages, sale of drugs, money laundering, stealing motor vehicles for sale

¹²¹⁶ S. 3 del Estatuto de Westminster de 1931.

¹²¹⁷ Ley de la CPI de 2001, artículos 50, 51, 58 y 70.

Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/17/contents>

¹²¹⁸ Ver Capítulo IV para análisis de los tribunales Gacaca, como sistema jurisdiccional alternativo o complementario para el enjuiciamiento de las más graves violaciones de derechos humanos.

¹²¹⁹ Ley n° 33n bis/2003 de represión del crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Disponible en <http://www.refworld.org/type,LEGISLATION,NATLEGBOD,RWA,46c4597c2,o.html> en

¹²²⁰ Véanse los artículo 10 y 11 del Código Penal de 1978.

Disponible en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=221101

abroad, human being trafficking and slavery, can be prosecuted and tried by Rwandan courts¹²²¹".

RUMANÍA

Legislación

Estando el crimen de lesa humanidad tipificado en el artículo 175 del Código Penal de 2004¹²²², se reconoce el alcance extraterritorial de la ley penal rumana para cualquier tipo de delito en el artículo 13.1:

"(1) Criminal law shall apply also to other offences than those in Article 12 para.(1), committed outside Romanian territory, by a foreign citizen or by a person without citizenship which does not reside in Romania, if:

a) the act is provided as an offence also by the criminal law of the country of perpetration;

b) the perpetrator is in our country".

SAMOA

Legislación

A la hora de definir el crimen de lesa humanidad, que a su vez tipifica y castiga, el Código Penal de Samoa se remite al concepto de crimen contra la humanidad contenido en el derecho internacional convencional y consuetudinario¹²²³. El reconocimiento de la jurisdicción extraterritorial para conocer del crimen de lesa humanidad encuentra, sin embargo, su marco legal en el artículo 13.d:

"Where an act constituting an offence under sections 5, 6 or 7 is committed, proceedings may be instituted against that person for that offence in Samoa, if – (...) d) the person is, after the commission of the offence, present in Samoa".

SAN MARINO

Legislación

El artículo 6 del Código Penal de 1974 recoge la obligación de juzgar cualquier delito cometido en el extranjero cuando exista, en virtud de tratado o

¹²²¹ Ley nº 13/2004 relativa al código de procedimiento penal. Disponible en <http://www.refworld.org/type,LEGISLATION,NATLEGBOD,RWA,46c306492,o.html>

¹²²² Código Penal de 2004. Disponible en <http://legislationline.org/download/action/download/id/1695/file/c1cc95d23be999896581124f9dd8.htm/preview>

¹²²³ Código Penal de 2007, artículo 6.2: "For the purposes of this section, "crime against humanity" is an act specified in article 7 of the Statute and includes any other act which, at the time and in the place of its commission, constitutes a crime against humanity according to customary international law or conventional international law or by virtue of it being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission".

Disponible en http://www.paclii.org/ws/legis/consol_act_2010/icca2007303/

convenio internacional, la obligación de juzgar¹²²⁴. En el ámbito de los crímenes de lesa humanidad esto ocurre (en relación a este Estado) con la Convención contra la Tortura.

SERBIA

Legislación

El crimen de lesa humanidad está tipificado en el Código Penal de 2005, en el artículo 371 siguiendo el modelo del Estatuto de Roma¹²²⁵. En cuanto a la jurisdicción, son varias las disposiciones que articulan su carácter extraterritorial, encontrándose la versión más amplia y afín con los principios del derecho internacional en el artículo 10.3, aunque incorpore algunas limitaciones a su ejercicio:

“(3) In case referred to in Article 9 paragraph 2 hereof, if the act at time of commission was considered a criminal offence under general legal principles of international law, prosecution may be undertaken in Serbia following the permission of the Republic Public Prosecutor, regardless of the law of the country where the offence was committed”.

El artículo 9.2. citado regula a su vez, la aplicación extraterritorial del derecho penal a los delitos cuya pena aparejada sea al menos de cinco años de prisión¹²²⁶.

SIRIA

Legislación

Aunque de poco sirve analizar la legislación penal vigente en Siria en el momento actual ya que, *de facto*, ha quedado suspendida y es difícil saber si seguirá en vigor tras el fin de una guerra civil que dura ya casi dos años, se alude aquí brevemente al reconocimiento del carácter extraterritorial de la jurisdicción de Siria para conocer de delitos comunes, cuando la extradición no

¹²²⁴ Código Penal de 1974, artículo 6. Disponible en <https://www.unodc.org/tldb/showDocument.do?documentUid=2733&country=SNM&language=ENG>

¹²²⁵ Código Penal de 2005. Disponible en [https://www.unodc.org/tldb/pdf/Serbia Penal Code.pdf](https://www.unodc.org/tldb/pdf/Serbia%20Penal%20Code.pdf)

¹²²⁶ “(2) Criminal legislation of Serbia shall also apply to a foreigner who commits a criminal offence abroad against a foreign state or foreign citizen, when such offence is punishable by five years' imprisonment or a heavier penalty, pursuant to laws of the country of commission, if such person is found on the territory of Serbia and is not extradited to the foreign state. Unless otherwise provided by this Code, the court may not impose in such cases a penalty heavier than set out by the law of the country where the criminal offence was committed”.

haya sido solicitada¹²²⁷. El crimen de lesa humanidad no aparece tipificado como tal en el Código.

SOMALIA

Legislación

A pesar de que el Código Penal de Somalia de 1964 no positiviza el crimen de lesa humanidad, recoge en su artículo 7 la obligación de juzgar a cualquier presunto responsable de un crimen respecto del cual, aunque cometido en el extranjero, Somalia deba aplicar su legislación en virtud de ley o convenio internacional¹²²⁸. En relación a los convenios internacionales que regulan subtipos de crímenes de lesa humanidad, Somalia es parte en la Convención contra la Tortura.

SUDÁFRICA

Legislación

La Ley de Implementación del Estatuto de Roma de 2002 no solo incorpora a la legislación doméstica sudafricana los tipos de crímenes internacionales, tal y como están regulados en el Estatuto de Roma, sino que articula el reconocimiento del carácter extraterritorial de la jurisdicción sudafricana para conocer de estos crímenes, independientemente del lugar de comisión siempre y cuando el presunto autor se encuentre en el territorio¹²²⁹. Se añade el requisito de la conformidad del Director Nacional aunque en términos un poco contradictorios ya que, tras establecer en el apartado 1 del artículo 5 que no podrá llevarse a cabo ningún procedimiento sin el consentimiento del Director General, se puede leer en el apartado 6 de esta misma disposición que “A decision by the National Director not to prosecute a person under this section does not preclude the prosecution of that person in the Court”.

SUECIA

Legislación

Si bien es cierto que el Código Penal sueco no ha incorporado aún el tipo de crimen de lesa humanidad, en el artículo 3.6 del Capítulo II se reconoce la aplicación extraterritorial de la jurisdicción sueca para crímenes contra el derecho internacional. En idénticos términos se pronuncia el artículo 3.7 para crímenes que lleven una pena aparejada de al menos 4 años de prisión. Por

¹²²⁷ No se ha podido acceder a la fuente original por lo que se cita aquí el Informe de AI como fuente indirecta de análisis del artículo de referencia (23.4 de Código Penal de 1953) .

¹²²⁸ Código Penal de 1964. Disponible en http://www.somalilandlaw.com/criminal_law.html

¹²²⁹ Ley de Implementación del Estatuto de Roma de la CPI de 18 de julio 2002. Artículos 4 y 5. Disponible en <http://www.info.gov.za/gazette/acts/2002/a27-02.pdf>

consiguiente, el crimen de lesa humanidad puede ser enjuiciado por los tribunales suecos, por el momento a través de sus subtipos (muerte, violación,...). No obstante, el artículo 5.2 del Código Penal sueco requiere, para el enjuiciamiento de delitos cometidos fuera de Suecia, la autorización del gobierno sueco¹²³⁰.

Además, debe destacarse que en este momento se encuentra en tramitación una iniciativa de ley de adaptación del Código Penal sueco al Estatuto de Roma, propuesta por la Comisión Sueca de Derecho Penal Internacional con el fin de garantizar el reconocimiento de la jurisdicción universal para crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio.

SUIZA

Legislación

La reforma del Código Penal suizo acaecida en 2011 incorporó la obligación de extraditar o juzgar para crímenes internacionales cometidos a partir del 1 de enero de 2011. Así, el tipo “crimen de lesa humanidad se define en el artículo 264a, mientras que el reconocimiento del *aut dedere* aut *judicare* debe inferirse de una lectura conjunta de los dos preceptos que forman el artículo 264m, ya que la cláusula no está regulada en términos extremadamente claros:

“1. A person who carries out an act under Title Twelvebis, Title Twelveteror Article 264k while abroad is guilty of an offence if he is in Switzer land and is not extradited to another State or delivered to an international criminal court whose jurisdiction is recognised by Switzerland.

2. Where the victim of the act carried out abroad is not Swiss and the perpetrator is not Swiss, the prosecution, with the exception of measures to secure evidence, may be abandoned or may be dispensed with provided:

a. a foreign authority or an international criminal court whose jurisdiction is recognised by Switzerland is prosecuting the offence and the suspected perpetrator is extradited or delivered to the court; or

b. the suspected perpetrator is no longer in Switzerland and is not expected to return there. (...)1231”.

Sin embargo, de la utilización de los términos “será culpable de un delito en Suiza” en el primer párrafo y la articulación de la posibilidad de abandonar el enjuiciamiento si se concede la extradición o se abandona el país, nos lleva a la conclusión de que la intención del legislador aquí es efectivamente la de incorporar a la ley nacional la obligación de extraditar o juzgar para este recién incluido crimen internacional.

SWAZILANDIA

Legislación

¹²³⁰ Código Penal de 1962. Disponible en <http://www.government.se/sb/d/574/a/27777>

¹²³¹ Código Penal de 1937 (modificado el 1 de julio de 2011). Disponible en http://www.admin.ch/ch/e/rs/c311_o.html

Al no existir ninguna incorporación directa de los crímenes de lesa humanidad al derecho penal interno, es mandatario recurrir a la Constitución y al reconocimiento que en ella se hace de la posible aplicación directa de algunos convenios firmados por este Estado. A través de esta aplicación directa es posible sostener la vigencia del *aut dedere aut judicare* en relación a los crímenes de lesa humanidad para los que existe convenio que incorpore esta cláusula y que haya sido ratificado por Swazilandia. En la actualidad, esto se limita a la Convención contra la Tortura.

TAJIKISTÁN

Legislación

Se reconoce el carácter extraterritorial de la jurisdicción de los tribunales domésticos a través del artículo 15.2 del Código Penal que además, incorpora una norma penal en blanco que se remite a los crímenes prohibidos por las normas de derecho internacional o por convenios internacionales. No se exige que Tajikistán sea parte en estos instrumentos:

“Article 15. Application of the Criminal Law in Regard to Persons who Committed Crimes outside the Republic of Tajikistan

(1) Citizens of the Republic Tajikistan and permanent residents without citizenship are liable to criminal responsibility for crimes committed outside the Republic Tajikistan in conformity with this Code in case if they were not punished under the court verdict of any other state.

(2) Foreign citizens and persons without citizenship not living constantly in the Republic Tajikistan are liable to criminal proceedings for crimes committed outside the Republic Tajikistan according to the present Code in the following cases:

- a) if they committed a crime prescribed by norms of International law recognized by the Republic of Tajikistan or interstate treaties and agreements;
- b) if they committed a felony or an especially grievous crime against citizens of Tajikistan or interests of the Republic Tajikistan¹²³²”.

TIMOR ORIENTAL

Legislación

La aplicación extraterritorial de la ley penal de Timor Oriental para crímenes de lesa humanidad ha sido explícitamente positivizada en el artículo 8.b del Código Penal aprobado en 2009¹²³³, que se refiere a la aplicación de la ley penal de Timor a los delitos cometidos en el extranjero regulados en una serie

¹²³² Código Penal de Tajikistán. Disponible en <http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1707/file/207b8150765af2c85ad6f5bb8a44.htm/preview>

¹²³³ Código Penal de 2009. Disponible en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=243617

de artículos, entre los que se encuentra el artículo 124, que incorpora a la normativa interna la tipificación del crimen de lesa humanidad. También es interesante notar, aunque en principio pueda resultar redundante a la luz del apartado b, que el apartado e alude a la aplicación extraterritorial de la ley penal de Timor a los crímenes respecto de los cuales Timor tenga la obligación de juzgar de acuerdo con el derecho convencional. El matiz del reconocimiento de la obligación de juzgar por remisión a los compromisos adquiridos en virtud de convenios debe ser subrayado porque consolida y refuerza el camino hacia la lucha contra la impunidad a través de la aplicación directa del derecho internacional, en este caso, convencional. En lo que respecta a subtipos de crímenes de lesa humanidad, Timor es parte en la Convención contra la Tortura.

TRINIDAD Y TOBAGO

Legislación

El Código Penal de Trinidad y Tobago reconoce expresamente la jurisdicción universal de sus tribunales para conocer de los crímenes de lesa humanidad. Así, el artículo 8.1.c, al afirmar que la presencia del acusado en el territorio no es un requisito necesario para la apertura del procedimiento, establece incuestionablemente la aplicabilidad de este principio. El crimen de lesa humanidad, por su parte, ha sido incorporado al artículo 11 en idénticos términos a los del Estatuto de Roma (debe recordarse que la creación de la CPI fue propuesta formalmente por Trinidad y Tobago).

“Jurisdiction to Try International Crimes

8. (1) Proceedings may be brought for an offence

(...)

(c) against section 9, 11 or 19 regardless of

(i) the nationality or citizenship of the person accused;

(ii) whether or not any act forming part of the offence occurred in Trinidad and Tobago; or

(iii) whether or not the person accused was in Trinidad and Tobago at the time that the act constituting the offence occurred or at the time a decision was made to charge that person with an offence¹²³⁴”.

TÚNEZ

Legislación

No existen disposiciones reguladoras del crimen de lesa humanidad en el Código Penal de Túnez por lo que la única vía para justificar la aplicación extraterritorial de la jurisdicción tunecina mediante la obligación de extraditar o juzgar es el artículo 32 de la Constitución, que estipula la aplicabilidad directa de los instrumentos convencionales en los que Túnez es parte y su posición jerárquicamente superior a la ley¹²³⁵. Conviene notar también que, en tanto

¹²³⁴ Ley de la CPI de 2006. Disponible en <http://www.ttparliament.org/publications.php?selectedYear=2006&activeTab=0&mid=29&filterBy=Go>

¹²³⁵ Constitución de 1959.

que Túnez no ha incorporado a su legislación interna algunos de los subtipos de los crímenes de lesa humanidad, cuyos convenios ha ratificado, su enjuiciamiento y castigo deberá llevarse a cabo mediante los delitos comunes tipificados. Los instrumentos convencionales ratificados en el marco de los crímenes de lesa humanidad son la Convención contra la Tortura y la Convención contra las Desapariciones Forzadas.

TURQUÍA

Legislación

El crimen de lesa humanidad se encuentra tipificado en el artículo 77 del Código Penal de 2004. Sin embargo, es el artículo 12.3 el que reconoce el alcance extraterritorial de la jurisdicción de los tribunales turcos para delitos en general, en términos que recuerdan a la formulación del *aut dedere aut judicare*, siempre que se den algunas condiciones:

“(…) (3) If the aggrieved party is a foreigner, he is tried upon request of the Ministry of Justice in case of existence of the following conditions;

a) Where the offence requires punishment with a minimum limit of less than three years imprisonment according to the Turkish Laws;

b) Where there is no extradition agreement or the demand of extradition is rejected by the nation where the crime is committed or the person accused of a crime holds citizenship¹²³⁶”.

TURKMENISTÁN

Legislación

Del texto del artículo 8.2 se puede inferir que, aunque Turkmenistán no haya incorporado el tipo “crimen de lesa humanidad” a su legislación interna, se prevé, mediante remisión a tratados, el alcance extraterritorial de la ley penal y la jurisdicción de este Estado a algunas modalidades de crímenes de lesa humanidad:

“Artículo 8.2

Foreign nationals and stateless persons who are not permanently residing in Turkmenistan shall be subject to liability under the criminal law of Turkmenistan for a crime committed outside Turkmenistan if the crime was directed against Turkmenistan or its citizens and also in the cases provided for under international treaties to which Turkmenistan is a party if they have not been convicted in a foreign State and have been charged with criminal liability in the territory of Turkmenistan¹²³⁷”.

Disponible en
<http://www.refworld.org/type,LEGISLATION,NATLEGBOD,TUN,3ae6b55b4,o.html>

¹²³⁶ Código Penal de 2004.

Disponible en en
<http://www.refworld.org/type,LEGISLATION,NATLEGBOD,TUR,4c447a5f2,o.html>

¹²³⁷ Código Penal de 1997. Disponible en (2) *Foreign nationals and stateless persons who are not permanently residing in Turkmenistan shall be subject to liability under the criminal law of Turkmenistan for a crime committed outside Turkmenistan if the crime was directed against Turkmeni.*

Turkmenistán ha ratificado la Convención contra la Tortura y la Convención contra la Esclavitud, en el marco de los subtipos de crímenes de lesa humanidad.

UGANDA

Legislación

Uganda cuenta con una ley de incorporación de los crímenes internacionales de competencia de la CPI a su legislación interna, la Ley de la CPI de 2010. En ella, el crimen de lesa humanidad se regula por remisión al Estatuto de Roma y se reconoce el alcance extraterritorial de la jurisdicción ugandesa para estos crímenes, siempre que el presunto autor se encuentre en el territorio del Estado.

“Artículo 18

For the purpose of jurisdiction where an alleged offence against sections 7 to 16 was committed outside the territory of Uganda, proceedings may be brought against a person if.

d. the person is, after the commission of the offence, present in Uganda¹²³⁸”.

UCRANIA

Legislación

Una vez más, es preciso acudir al texto constitucional para inferir el reconocimiento del alcance extraterritorial en el caso de la jurisdicción ucraniana. El artículo 9 otorga a los convenios y tratados internacionales válidamente ratificados en Ucrania carácter de ley¹²³⁹. Por lo que, en el ámbito de los crímenes internacionales, podría inferirse la vigencia del *aut dedere aut judicare* en relación a la trata de personas o esclavitud y la tortura.

URUGUAY

Legislación

La ley n° 18.026 de Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad reconoce, con una fórmula casi de manual, la obligación de extraditar o juzgar

¹²³⁸ Ley de la CPI de 2010 Disponible en http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.issafrica.org%2Fanicj%2Fuploads%2FUGanda_ICC_Act_2010.pdf&ei=RkswUo3yItGO7QbrxIG4Ag&usq=AFQjCNGa7-cvPcohMIGwlnA9NASM9PfNFQ&sig2=FracgjaOH70-u5TkIHekKQ&bvm=bv

¹²³⁹ “Article 9. Running international agreements, consent, on obligatory of which given by Supreme Soviet of Ukraine, are part of national legislation of Ukraine.

Conclusion of international agreements which conflict with Constitution of Ukraine, possible only after bringing of the proper changes to Constitution of Ukraine”. Constitución de 1996, modificada en 2004. Disponible en <http://www.refworld.org/type,LEGISLATION,NATLEGBOD,UKR,50ffbce522c,,o.html>

en relación a los más graves crímenes internacionales.

“Artículo 4.2:

Cuando se encontrare en territorio de la República o en lugares sometidos a su jurisdicción, una persona sospechada de haber cometido un crimen de los tipificados en los Títulos I a IV de la Parte II de la presente ley, el Estado uruguayo está obligado a tomar las medidas necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de dicho crimen o delito, si no recibiera solicitud de entrega a la Corte Penal Internacional o pedidos de extradición, debiendo proceder a su enjuiciamiento como si el crimen o delito se hubiese cometido en territorio de la República independientemente del lugar de su comisión, la nacionalidad del sospechado o de las víctimas. La sospecha referida en la primera parte de este párrafo debe estar basada en la existencia de la semiplena prueba¹²⁴⁰”.

UZBEKISTÁN

Legislación

Se reconoce el alcance extraterritorial de la ley uzbeka por remisión al derecho convencional. Así, el artículo 12 dispone, en su tercer párrafo, que:

“Foreign nationals, as well as stateless persons, not permanently residing in Uzbekistan, for crimes committed outside its territory, shall be liable under this code if otherwise is envisaged by international treaties or agreements¹²⁴¹”. Sin embargo, en el ámbito del crimen de lesa humanidad, este alcance es limitado ya que Uzbekistán es parte en dos tratados reguladores de crímenes potencialmente constitutivos de crímenes de lesa humanidad: la Convención contra la Tortura y el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1950.

VANAUTU

Legislación

Si bien es cierto que Vanautu no ha incorporado a su Código Penal el crimen de lesa humanidad, sí que incorpora uno de los subtipos de este crimen: la esclavitud¹²⁴². El reconocimiento del alcance extraterritorial de la ley penal y de la jurisdicción de Vanautu para este subtipo está regulada en el artículo 5:

¹²⁴⁰ La ley n° 18.026 de Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad de 2006. El crimen de lesa humanidad se define por remisión al Estatuto de Roma en el artículo 18.

Disponible en <http://pdba.georgetown.edu/Security/citizenssecurity/uruguay/leyes/lesahumanidad.pdf>

¹²⁴¹ Código Penal de 1994. Disponible en <https://www.unodc.org/tldb/showDocument.do?documentUid=1624&country=UZB&language=ENG>

¹²⁴² Código Penal de 2006, artículo 5 y 102. Disponible en http://www.paclii.org/vu/legis/consol_act/pc66/

“(1) The criminal law of the Republic shall apply to piracy, hijacking of aircraft, traffic in persons, slave trading and traffic in narcotics committed within or beyond the territory of the Republic.

(2) No alien may be tried in the Republic for such an offence committed abroad unless he has been arrested in the Republic and his extradition has not been applied for, and the Public Prosecutor has consented in writing to his prosecution”.

Del segundo párrafo se infiere que el enjuiciamiento a extranjeros por la comisión de alguno de estos crímenes internacionales fuera del territorio es subsidiario a la extradición y exige el consentimiento del Fiscal General.

VENEZUELA

Legislación

El caso de Venezuela es extremadamente curioso porque, sin haber incorporado a su Código Penal los crímenes internacionales, positiviza el carácter extraterritorial de la jurisdicción y leyes venezolanas para los crímenes de lesa humanidad cometidos en alta mar.

“Artículo 4.

Están sujetos a enjuiciamiento en Venezuela y se castigarán de conformidad con la ley penal venezolana:

(...)

9. Los venezolanos o extranjeros venidos a la República que, en alta mar, cometan actos de piratería u otros delitos de los que el Derecho Internacional califica de atroces y contra la humanidad; menos en el caso de que por ellos hubieran sido ya juzgados en otro país y cumplido la condena¹²⁴³”.

Otra interpretación más lógica y conforme al derecho internacional permitiría interpretar que la expresión “en alta mar” solo es aplicable a los “actos de piratería”, dejando abierta la posibilidad de que se aplique el resto del precepto a los otros delitos de derecho internacional, entre los que estaría el crimen de lesa humanidad. De ello podría inferirse aquí el reconocimiento de la obligación de extraditar o juzgar para crímenes de lesa humanidad.

VIETNAM

Legislación

Se reconoce en el artículo 6.2. del Código Penal de 1999 el alcance extraterritorial de la ley doméstica para crímenes recogidos en tratados firmados¹²⁴⁴, sin perjuicio de que el crimen de lesa humanidad haya quedado incorporado en el Código Penal vietnamita en el artículo

¹²⁴³ Código Penal de 2005.

Disponible en <http://www.refworld.org/type,LEGISLATION,NATLEGBOD,VEN,44a0007b4,o.html>

en

¹²⁴⁴ Código Penal de 1999. Disponible en <http://www.worldlii.org/vn/legis/pc66/>

